Die Haftung nach Bürgerlichem Recht und die höhere Gewalt.

INAUGURAL-DISSERTATION

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

kgl. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg

zur Erlangung der Würde

eines Doctors der Rechte und der Staatswissenschaften

vorgelegt von

Karl Brunner,

Referendar.

Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rh.

1904.

Den Gegenstand der nachfolgenden Abhandlung bildet eine erneute Untersuchung des bereits dem griechischen Recht bekannten (vgl. l 25 § 6 D loc. cond. 19,2) und aus der römischen Jurisprudenz in die moderne Gesetzgebung übergegangenen Begriffs der höheren Gewalt, vis maior, force majeure, im Zusammenhang mit den Grundsätzen über die zivilrechtliche Haftung — dem Gebiet seiner eigentlichen Bedeutung — überhaupt.

Während manche die vis maior für ein „Rätsel"[1]) und für einen „durch und durch unklaren Ausdruck, einen juristisch gänzlich wertlosen und deshalb aus der Gesetzgebung zu verbannenden Begriff"[2]) erklären, finden andere ihn in den Quellen des römischen Rechtes klar und deutlich definiert[3]) und wollen die Bezeichnung, „obwohl sie an sich ein verschiedenes Verständnis gestatte„ doch nicht beanstandet wissen, da Wissenschaft und Praxis mit ihr einen bestimmten der Verdeutlichung durch das Gesetz sich entziehenden Sinn verbänden."[4])

Die folgende Untersuchung, welche die zahlreiche Literatur und Judikatur neben den Quellen, inbesondere auch des römischen Rechts, eingehend berücksichtigen

[1]) Schey, Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich die Anwendung dss Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht? in den Verhandlungen des 22. deutschen Juristentags. Bd. II. 1892. S. 62.

[2]) Biermann, in den Verhandlungen der 1. Abteilung des 22. Deutschen Juristentags über dieselbe Frage. Bd. IV 1893. S. 117.

[3]) Baron, die Haftung bis zur höheren Gewalt, im Arch. f. d. zivil. Praxis Bd. 78. 1892. S. 290.

[4]) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888 Bd. I. S. 317—318.

wird, dürfte demgegenüber ergeben, dass sich mit dem Ausdruck vis maior nicht lediglich ein Wort, sondern ein fester Begriff eingestellt hat und dass mit ihm nicht Gesetz' und Rechte wie eine ew'ge Krankheit fortgeerbt, sondern in jeder Hinsicht wohlbegründete Bestimmungen übernommen und mit vollem Recht weiter ausgedehnt worden sind.

„Casus a nullo praestantur,"

d. h. für zufällige Ereignisse kann grundsätzlich niemand verantwortlich gemacht werden, sagt Ulpian in l 23 D de div. reg. iur. ant. 50,17, es sei denn, dass das Gesetz (vgl. z. B. l 11 D de neg. gest. 3,5, § 287 B.G.B.) oder vertragliche Abmachung (s. z. B. l 5 § 2 D commod. v. c. 13,6, § 276 Abs. 1 B.G.B.) ausnahmsweise etwas anderes bestimmen.

In Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch versteht das römische Recht unter diesen „casus" solche Ereignisse, die entweder überhaupt oder doch wenigstens von dem durch sie zunächst Betroffenen nicht vorausgesehen werden können:

„Quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant . . . . . " (l 6 C de pign. act. 4,24),

„Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia . . . . . "(l 52 § 3 D pro socio 17,2),

demnach auch ausserhalb des Bereiches seines Willens liegen, also ohne sein Zutun eintreten:

„Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra . . . . . quodsi casu id mixtum fuerit . . . . . "(§§ 27, 28,1 de rer. div et qual. 2, 1), „Si res legata sine facto heredis perierit '. . . . . " (§ 16 I de leg. 2,20),[5]

kurz, von ihm nicht verschuldet sind:

5) Vergl. auch l 36 § 3 D de leg. I, l 33 § 1 D de fideic. libert. 40, 5, l 4 C de inst. vel subst, 6, 25, l 6 C de nec. serv. hered instit. 6, 27, l un. § 7 C de caduc. toll. 6, 51.

„Si negotia absentis et ignorantis geras et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere . . . . . "(l 11 D de neg. gest. 3, 5), „Pecuniam a te datam, licet e causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta. . . . . " (l 10 C de cond. ob c. dat. 4,6).[6])

Gleichgültig ist dabei, ob diese Ereignisse durch dritte Personen oder ohne jede menschliche Willkür hervorgerufen sind; für den Betroffenen müssen auch jene als Zufall gelten. Mit Recht werden deshalb von den Quellen auch furtum, damnum ab alio datum, latrocinium, rapinae, hostium incursus, piratarum insidiae und sonstige menschliche Handlungen in dieser Beziehung ausdrücklich den „casus" oder „casus maiores" gleichgestellt, ja sogar vielfach geradezu als solche bezeichnet.[7]) Der Begriff des Zufalls ist eben ein relativer: Lediglich auf die Person des Betroffenen, d. i. für die Lehre vom Schadenersatz den sonst Haftpflichtigen kommt es an. Was von diesem selbst nicht verschuldet ist, was also in seinen Ursachen unabhängig von dessen Willen begründet liegt, ist Zufall im Sinne des Zivilrechts.[8])

6) S. weiter l 1 § 35 D depos. v. c. 16, 3, l 41 § 7 D de fideic. lib. 40, 5, l 23 D de div. reg. iur. ant. 50, 17.

7) Vgl. § 3 I de emt. et vend. 3, 23, l 35 § 4 D de contr. emt 18, 1, l 1 § 8, l 3 § 1, l 4 pr. l 5 § 1 D n. c. st. ut rec. rest. 4, 9, § 2 J quib. mod. re c. obl. 3, 14, l 18 pr. D commod. v. c. 13, 6. l 30 pr. D ad leg. falc. 35, 2, l 1 § 4 D de obl. et act. 44, 7, l 23, i. f. D de div. reg. iur. ant. 50, 17, l 6 C de pign. act 4, 24, § 16 J de leg. 2, 20, l 35 l 36 § D. de leg. I, l 92 D de sol. et lib. 46, 3. Anderer Ansicht allein Baron Pandekten 8. Aufl. 1893 § 238 S. 525 Arch. S. 284—286; vergl. gegen ihn besonders Brinz Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. 1879 Bd. II. § 276 S. 313—314, Fischer vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung 1897 S. 70—71, Bigen-wald. Über die Begriffe casus und vis maior 1897. § 1 S. 9—13, A Engelmann das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands 1899. § 76 S. 200, 203, Cosack Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts 3. Aufl. 1900. Bd. I. § 72 S. 248.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet zwar mit Rücksicht darauf, dass ausnahmsweise auch eine Haftung für zufällige Ereignisse begründet sein kann, allgemein nur zwischen „Umständen, die zu vertreten" und solchen, „die nicht zu vertreten sind" (§§ 275-282, 323-325);[9]) wo es aber von „Zufall" redet (vgl. §§ 287, 350, 446, 588, 644), versteht es unter ihm ebenfalls, wie die Gegenüberstellung zur „Fahrlässigkeit" im § 287 und eine Vergleichung mit den Bestimmungen der §§ 616 und 276 zeigen, jedes von dem sonst Haftpflichtigen nicht verschuldete Ereignis.

[8]) Vgl. dazu Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse 1853. § 20 S. 232, § 21 S. 241—247, Keller Pandekten 1861. § 249 S. 488—489, Sintenis das praktische gemeine Zivilrecht 2. Aufl. 1861. Bd. II. § 101 S. 336, Puchta Pandekten 12. Aufl. 1877. § 266 S. 404—406, Pernice Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit 1878. Bd. II. S, 372—376, Eccius Casus in Holzendorff's Rechtslexikon 3. Aufl. 1880. Bd. I- S. 452—453. Wächter Pandekten 1880 Bd. I. S. 459—460, Arndts Lehrbuch der Pandekten 14. Aufl. 1889. § 85 S. 141. Th. Engelmann die custodiae praestatio nach römischem Recht 1887 S. 147—148, 153, Brinz II. § 276 S. 313—314, Bruckner die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht 1889. § 32 S. 254—259, Gerth der Begriff der vis maior im römischen und Reichsrecht 1890. § 1 S. 13—14, Gelpcke Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht? in den Verhandlungen des 22. D. J. T. Bd. I. 1892 S. 357, 363, Schey S. 44, Schneider Über die vis maior und das Haftungsprincip des römischen Obligationsrechts in der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 44 1895. S. 373—374, Cosack B. R. I, § 72 S. 245. Rümelin der Zufall im Recht 1896 S. 5. 8 ff 18 ff Fischer S. 64—69, Bigenwald § 1 S. 7—18, Sohm Institutionen 10. Aufl. 1901 § 76 S. 360, Michelsohn die vis maior als sociale Institution des römischen und modernen Rechts 1902. S. 48—49.

Anders im römischen Strafrecht, das zum casus auch die Fälle leichter Fahrlässigkeit (negligentia) rechnete: l 9 l 11 D de incend. 47, 9, l 11 § 2, l 28 § 12 D de poen. 48, 19, l 1 l 5 C ad leg, Corn. de sic 9, 16, Mos. et Bom. leg. coll, Tit. I Cap. IX—X; vgl. Mommsen § 21 S. 242, Pernice II S. 372—377, Th. Engelmann S. 147.

[9]) Vgl. dazu Kleineidam Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1900. § 14 S. 90—91. Die Umstände, die nach B. G. B. nicht zu vertreten sind, nennen Rümelin Zufall S. 20—21, 42—43, 53 und Dernburg das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1. und 2. Aufl. 1899 Bd. II 1. Abt. § 95 S. 207 die »reinen Zufälle.»

Wie aus den vorhin angeführten Quellenstellen hervorgeht, bezeichnet das römische Recht mit „casus" nicht bloss das eine bestimmte Aenderung in der Aussenwelt hervorbringende zufällige Ereignis, sondern auch die durch ein solches ohne weiteres Hinzutreten einer Verschuldung des sonst Haftpflichtigen neu geschaffene Lage, den „durch Zufall eintretenden Unfall," wie Brinz (II. § 276 S. 312) sagt. Ein schadenbringendes Ereignis ist danach stets dann ein kasuelles, wenn es von dem sonst Haftpflichtigen in seinem Ursprung nicht verschuldet ist. Es bleibt naturgemäss auch selbst in dem Fall ein zufälliges und wird als solches auch in den Quellen weiter bezeichnet, wenn es infolge einer dazwischen kommenden Schuld des Verpflichteten den schädigenden Erfolg hervorgerufen hat; dagegen kann der in solcher Weise verursachte Unfall selbstverständlich ein kasueller nicht mehr genannt werden. Dieser ist vielmehr nur dann ein zufälliger, wenn der sonst Haftpflichtige dem an und für sich kasuellen Ereignis weder durch eine dolose noch kulpose Handlung die schädigende Richtung auf den betroffenen Gegenstand gegeben noch es in dem Abwenden jenes Ereignisses oder seiner schädlichen Folgen an der nötigen Sorgfalt hat fehlen lassen, d. h. nach dem Sprachgebrauch der Quellen: „si modo non ipsius culpa is casus intervenerit."[10])

[10]) § 2 J quib. mod. re c. obl. 3. 14. l 5 § 4 l 18 pr. D commod. v. c. 13, 6, l 1 § 4 D de obl. et act. 44, 7; anderer Ansicht allein Baron Arch. S. 285—287.

Für solche, durch sogenannte culpa interveniens herbeigeführten Unfälle ist von älteren Schriftstellern der Ausdruck casus mixtus erfunden worden; hierzu rechnen die Quellen auch den Unfall, der dadurch ermöglicht wird, dass sich jemand den Vertragsabmachungen zuwider in die Lage versetzte, dass derselbe ihn überhaupt treffen konnte, auch wenn im gegebenen Fall sonst keine culpa vorlag: s. ausser den obigen Stellen noch l 11 §§ 1, 4 l 13 § 3 D loc. 19, 2, l 22 D de. neg. gest. 3, 5, ferner die Ausführungen bei Mommsen § 20 S. 234—236, § 21 Anm. 24 S. 243—244 und S. 246, Pernice II S. 374 Eccius S. 452—453. Th. Engelmann S. 153, Fischer S. 64—69, Bigenwald § 1 S. 8—10.

Im Anschluss an den oben entwickelten Begriff des casus soll nun im folgenden, unter steter Mitberücksichtigung der römisch- rechtlichen Bestimmungen, zunächst untersucht werden, in welchen Fällen nach Reichsrecht überhaupt für zufällige Ereignisse eine Haftung begründet sein kann. Hierbei werden einleitend die regelmässigen Haftungsgrundsätze (§ II) und daran anknüpfend die Fälle der Haftung über Verschulden hinaus (§§ III;IV.) einer Erörterung unterzogen werden, worauf dann die Lehre vom Schadenersatz mit besonderer Berücksichtigung der Unmöglichkeit einer vertraglichen Leistung (§V) entwickelt werden wird. Daran soll sich im zweiten Abschnitt der Abhandlung die eigentliche Untersuchung über den Begriff der höheren Gewalt in der Weise anschliessen, dass zunächst die schon nicht unbestrittene Frage, ob das römische Recht überhaupt einen Unterschied zwischen casus und vis maior macht, geprüft (§VI) und nach deren Bejahung weiter (§§ VII, VIII) untersucht wird, welche Merkmale die Quellen für diese besondere Art des Zufalles verlangen, um darauf aufbauend zum Versuch einer sich streng an jene anlehnenden Begriffsbestimmung (§§ IX, X) überzugehen. Dem soll dann noch eine Würdigung der praktischen Bedeutung der höheren Gewalt (§ XI) nebst Kritik der verschiedenen dieselbe betreffenden Theorien (§ XII) und zum Schlusse (§ XIII) eine Untersuchung des Begriffes, insoweit er auch ausserhalb der Lehre von der Haftung Einfluss ausübt, sowie eine kurze Erörterung der aus dem Ganzen sich ergebenden legislatorischen Gesichtspunkte folgen.

II.

Wie nach römischem, so setzt auch nach Reichsrecht — abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Versicherungsvertrag, der die Verpflichtung eines bei der Schädigung unbeteiligten Dritten dem Geschädigten gegenüber feststellt — jede Haftpflicht, mag dieselbe in der blossen Tatsache der Nicht- oder nichtgehörigen Erfüllung eines Vertrages oder, abgesehen von einem solchen, in einem besonderen gesetzlich nicht erlaubten Verhalten einer Person ihren Grund haben, regelmässig ein Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus.[1])

Während aber das römische Recht in vertraglichen Verhältnissen (s. l 23 D de div. reg. jur. ant. 50, 17, l 5 § 2 D commod. v. c. 13,6) zwar stets für Dolus (vorsätzliche Schädigung) und mit ihm (l 226 D de verb. sign. 50, 16, l 1 § 1 D si mens. fals. mod. dix. 11,6, l 32 D depos. v. c. 16, 3) für culpa lata (magna)— d.i. grobe Fahrlässigkeit: l 213 § 2 l 223 pr. D de verb. sign.

[1]) Vgl. A. Merkel Juristische Encyklopädie 1885 §§ 664–683 S. 283—295, Unger Handeln auf eigene Gefahr, in Iherings's Jahrbüchern Bd. 30 1891 S. 364 ff, Handeln auf fremde Gefahr, daselbst Bd. 33. 1894 S. 299 ff., R. Merkel die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen 1895 S. 102 ff, Rümelin die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadenersatzpflicht, 1896 S. 4 ff., Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Ausgabe von Jäntsch 1899 S. 107, A. Engelmann § 70 S. 187—190, § 153 S. 443, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 25 S. 60—61 § 64 S. 138—139, 2. Abt. § 395 S. 646— 647, § 401 Anm. 10 S. 663. Selbstverständlich haben die Vorschriften des 25. Titels 2. Buches B. G. B., wenn auch das Gesetz dies nicht besonders ausspricht, nur einen subsidiären Charakter: vgl. Dernburg B. R. II. 2. Abt. § 383 S. 614.

50,16 —; nur in bestimmten Fällen aber für culpa levis — d. h. mangelnde diligentia boni patrisfamilias: l 11 D de per. et commod. rei vend. 18, 6, l 31 D ad leg. Aqu. 9,2 — haften liess, stellt das Bürgerliche Gesetzbuch als allgemeinen Grundsatz auf, dass der Schuldner, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, d. h. das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — womit nach Dernburg (B. R. II 1. Abt. § 63 S. 136) „das Benehmen eines praktischen gewissenhaften Menschen in gleicher Lage" gemeint ist — zu vertreten habe (§ 267 Abs. 1). Dasselbe gilt nach B.G.B. auch regelmässig für ausservertragliche Schädigung (§§ 823 ff.), während hier das römische Recht allgemein Dolus oder doch culpa dolo proxima voraussetzte (pr. J de obl. quae ex del. nasc. 4, 1, l 11 D de incend. 47,9) und nur beim damnum iniuria datum auch culpa levis in faciendo (§ 3 J de lege Aqu. 4. 3. l 5 § 1 l 44 pr. D ad l. Aqu. 9, 2) genügen liess.[2])

Selbstverständlich kann, wie nach römischem (l 23 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, l 9 § 2 l 55 pr. D loc. cond. 19,2), so auch nach Reichsrecht (§ 276 Abs. 1. B.G.B.) die Haftpflicht vertraglich beliebig erhöht[3]) und erniedrigt werden; nur ist nach beiden Rechten die Erlas-

[2]) Vgl. dazu oben § 1. Anm. 8, Pernice II. S. 56, 379—392. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 7. Aufl. 1891 Bd. II. § 455 S. 641—642.

[3]) Vgl. hierzu besonders die Ausführungen Mommsen's § 24 S. 273—275.

Stillschweigend gilt im Zweifel eine Haftung auch für casus dann vereinbart, wenn jemand eine Sache unter Bestimmung eines Schätzungswertes mit der Abmachung übernimmt, dass dieser, also ein genus, den Gegenstand der Rückleistung bilden soll: l 5 § 3 D commod. v. c. 13, 6 l 10 pr. D de iure dot. 23, 3, auch l 52 § 3 D pro socio 17, 2; besonders praktisch ist dieser Fall auch im neuen Recht (§§ 587—589 B. G. B.) beim sog. Eisernviehvertrag (contractus socidae: l 3 l 54 § 2 D loc cond. 19, 2). Vgl. hierzu Mommsen § 24 S. 276—283, Th. Engelmann S. 170—173.

sung der Haftung für Vorsatz im voraus unzulässig: „hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est" (l 23 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, l 27 § 3 D de pact. 2, 14, § 276 Abs. 2 B.G.B.).

Andererseits kennt aber auch das Gesetz selbst, mit Rücksicht auf die besondere Art der in Betracht kommenden obligatorischen Verhältnisse, Fälle erhöhter wie verminderter Haftung, ja vereinzelt schliesst es sogar jede Verantwortlichkeit aus.

Eine geminderte Haftung zu Gunsten des Schuldners tritt stets beim Annahmeverzug des Gläubigers (§§ 293ff. B.G.B.) ein. Wie nach römischem (l 5 l 17 D de per. et c. rei vend. 18, 6, l 84 § 3 D de leg. I.), so hat der Schuldner auch nach Reichsrecht (§ 300 B.G.B.) vom Zeitpunkt des Verzugs an nur mehr Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, während jeder in anderer Weise entstehende Schaden den Gläubiger trifft. Auch der Schenker hat nach B.G.B. (§ 521) wie nach römischem Recht (vergl. l 5 § 2 D commod. v. c. 13,6) nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit aufzukommen; dasselbe gilt vom Verleiher (l 5 § 2 eod., § 599 B.G.B.), vom Geschäftsführer ohne Auftrag, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckte (l 3 § 9 D de neg. gest., 3,5, § 680 B.G.B.), und vom Finder (§ 968 B.G.B.). Weil es „mit der Unabhängigkeit der Gerichte und den Grundsätzen über die Rechtskraft der Urteile nicht vereinbar wäre, den Spruchrichter für jedes Versehen haftbar zu machen" (Denkschrift z. B.G.B. S. 113), ist ein Beamter, der bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, nach § 839 Abs. 2 B.G.B. für den daraus entstehenden Schaden sogar nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Verfahrens zu verhängenden öffentlichen

Strafe bedroht ist. Auch in anderer Beziehung ist die Haftpflicht der Beamten gemäss § 839 Abs. 1 Satz 2 Abs. 3 zu deren Gunsten von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht.

Nur für die Sorgfalt, die sie in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (diligentia quam suis rebus adhibere solent), haften nach römischen Vorbildern der Verwahrer, der die Verwahrung unentgeltlich übernommen hat (§ 690), der Gesellschafter (§ 708 B.G.B., l 72 D pro socio 17,2), die Ehegatten bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen (§ 1359, vergl. l 17 pr. D de iure dot. 23,3), der Vater (§ 1664) und analog die Mutter (§ 1686) bei der Ausübung der elterlichen Gewalt, sowie der Vorerbe gegenüber dem Nacherben in Ansehung der Verwaltung der Erbschaft (§ 2131).[4])

Ueberhaupt keinen Ersatz braucht die Telegraphenverwaltung nach § 23 T. O. für die durch Verlust, Entstellung oder Verspätung von Telegrammen entstehenden Nachteile zu leisten, selbst wenn ein Verschulden ihrerseits

[4]) Ausserdem kennen das H. G. B. in den §§ 202, 203, 267 Abs. 3, 269 Abs. 5, 273 Abs. 2, das B. Sch. G. v. 15. 6. 95. in den §§ 4 Abs. 2, 74 Abs. 2, 75, das Fl. G. v. 15. 6. 95 im § 4 Abs. 2 und das B. G. v. 22. 6. 96 im § 43 noch eine Haftung für »bösliche Handlungsweise« bezw. »bösliches Verschweigen oder bösliche Unterlassung«; hierunter ist nicht bloss der echte Vorsatz, sondern schon jedes Verhalten, »bei dem die schädigende Wirkung zwar nicht unmittelbar gewollt, aber als unvermeidliche oder auch nur mögliche Folge des zunächst Gewollten gewusst war — also sowohl der direkte als auch der dolus eventualis — zu verstehen. Vgl. Entscheidung des Reichsgericht in Civilsachen v. 5. 12. 79 in Bd. I. S. 22, Makower — Loewe Seehandel 12. Aufl. 1900 § 690 S. 93, Cosack Lehrbuch des Handelsrechts 5. Aufl. 1900 § 75 S. 379, § 89 S. 442, § 121 S. 674.

Die »böswilligen Unterlassungen« des B. G. B. (s. z. B. §§ 324, 615.) verlangen direkten dolus: Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 64 S. 138—139.

Das A. D. H. G. B. kannte »bösliche Handlungsweise« noch in den Artt.. 396 Abs. 5, 427 Abs. 2. 610 Abs. 2 und das B. Sch. G. im § 61 Abs. 4, an deren Stelle bei der Revision »Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit« getreten sind (s. §§ 430 Abs, 3, 457 Abs. 3, 609 Abs. 2 H. G. B.)

vorliegt. Desgleichen vertritt auch die Post hinsichtlich gewöhnlicher Briefe sowie sonstiger im Abs. 1 § 6 P.G. nicht aufgeführter Sachen und bei allen Fahrten mit Extraposten kein Verschulden (§ 6 Abs. 5, §11 Abs. 2 P.G.).

Andererseits kennt aber das moderne Recht in Anlehnung an die Bestimmungen der Artikel 282, 361, 380, 213c, 226 Abs. 1, 241, Abs. 2, 397, 478, 464 A. D. H.G.B. noch die Sorgfalt eines ordentlichen Berufsgenossen und zwar

1) in den Fällen der §§ 347, 84, 384, 390, 408, 417 i.V. mit 390 H.G.B. als die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns,

2) in den Fällen der §§ 203, 204, 241, 242, 249 H.G.B. 34, 35, 41 Ges. v. 1. 5. 89., der §§ 43, 44, 52 Ges. v. 20. 4. 92 als die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes,

3) in den Fällen der §§ 429 H.G.B., 58, 62 B.Sch.G. v. 15. 6. 95 als die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers,

4) in den Fällen der §§ 559, 606 H.G.B. als die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters,

5) in den Fällen der §§ 511 H.G.B., 7 B.Sch.G. als die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers,

6) nach § 497 H.G.B. die Sorgfalt eines ordentlichen Rheders und

7) im § 2 Fl.G. v. 15.6.95 die eines ordentlichen Flossführers.

Diese Sorgfalt ist ihrem Wesen nach jedoch weiter nicht als die im römischen Recht noch nicht klar zum Ausdruck gekommene (vergl. indes l 137 § 3 D de verb. obl. 45, 1), im Hinblick auf die besonderen Berufspflichten zugespitzte, gerade ihretwegen, und zwar ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Unternehmens objektiv nach der Natur des Betriebes verlangbare im Ver-

kehr erforderliche Sorgfalt des § 276 B.G.B.: Der Gewerbetreibende „soll sich nicht schon durch eine allgemeine Berufung auf sorgsames Verhalten entlasten können, sondern muss zu dem Zweck die näheren Umstände dartun, durch die der Schaden, für den er verantwortlich gemacht werden soll, entstanden ist, und mit Bezug auf diese den Nachweis führen, dass er so gehandelt hat, wie es in den beteiligten Kreisen nach der Lage des Falles von einem ordentlichen Berufsgenossen erwartet wird." Besondere Bedeutung gewinnen hier naturgemäss die mit Rücksicht auf die verschiedenen Berufsarten speziell vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten, deren Fehlen demnach unter Umständen schon allein eine Verantwortung begründen kann, „quippe ut artifices conduxerunt."[5])

[5])l 9 § 5 D loc cond. 19. 2, l 132 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, vgl. § 120 a G. O., § 96 Abs. 1 U. V. G. v. 6. 7. 84; dazu Hahn-Mugdan die gesamten Materialien zum Handelsgesetzbuch 1897 S. 351, 404, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 63 S. 136 137, Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl. 1900. Bd. II. § 347 S. 1058, Makower — Loewe § 511 S. 31, Cosack H. R. § 26 S. 145, Pernice II. S. 336 338.

Auch die in den Artt. 560 Abs. 2. und 607 Abs. 2. A. D. G. H. B. an Stelle der §§ 559, 606 H. G. B. verlangt gewesen Verantwortlichkeit für „alle" Sorgfalt kann im Grunde genommen nichts anderes bedeuten als die jetzt im § 559 Abs. 2. H. G. B. mit Rücksicht auf die Milderung des § 606 gegenüber dem Art. 607 Abs. 1 geforderte Prästation der Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters. Denn wie nach römischen Recht trotz der superlativen Ausdrücken exactissima diligentia, diligentia diligentissimi patrisfamilias, wie schon aus der Gegenüberstellung zu der diligentia quam suis rebus adhibere solet in l 1 § 4 D de obl. et act. 44, und l 72 D pro socio 18, 2 hervorgeht, doch keine grössere Sorgfalt als die des bonus paterfamilias verlangt wurde und eine grössere, da andernfalls jedes objektive Mass zur Prüfung gefehlt haben würde, auch praktisch nicht verlangt werden konnte, so kann naturgemäss auch im modernen Recht praktisch keine grössere Sorgfalt als die eines ordentlichen Berufsgenossen gefordert werden. Dass die Entdeckung des Mangels »unter den gewöhnlichen Umständen ausserhalb der Möglichkeit gelegen haben müsse», wie dies Gareis — Fuchsberger das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch 1891 Art. 560 S. 990 und Makower —Loewe § 559 S. 63 verlangen, führt bei einer praktischen Prüfung von selbst wieder auf den gewöhn-

Der Natur der Sache nach tritt eine erhöhte Haftung für den im Verzug befindlichen Schuldner (§§ 284, 285 B.G.B.) ein, da derselbe sowohl nach römischem (l 5 D de reb. cred. 12, 1, l 14 § 1 D dep. v. c. 16, 3) als auch nach Reichsrecht (§ 287 B.G.B.) fürderhin nicht bloss für jede Fahrlässigkeit, sondern sogar für jeden Zufall einzustehen hat, es sei denn, dass derselbe auch bei rechtzeitiger Leistung den Schaden hervorgerufen hätte; denn dann würde der Schaden nicht durch den Verzug (§ 286 B.G.B.) entstanden sein.

---

lichen Diligenzmassstab zurück. Das einzige unterscheidende Moment dürfte darin zu finden sein, dass derjenige, der für die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters einzustehen hat, frei wird, wenn er das Schiff durch Sachverständige hat untersuchen lassen und ihn bei der Auswahl derselben keine culpa traf, während derjenige, der für alle Sorgfalt aufzukommen hatte, auch für Versehen dieser Personen haftete.

Uebereinstimmend bezüglich der diligentia exactissima: Hasse die culpa des römischen Rechts 2. Ausg. 1838 §§ 125, 126 S. 90–104, Puchta § 266 S. 404–406, Pernice II. S. 334–335, 376–377, Wächter I. § 87 S. 446–447, Gelpcke S. 363–367, Schey S. 51, 25, Sohm § 76 S. 359, Stintzing über vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung, im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 81 1893 S. 453–454 wie überhaupt die gemeine Meinung. Anders neuerdings Stucki, der (Ueber den Begriff der höheren Gewalt 1890 S. 18–25) die d. exactissima als eine besondere über die des Bonus paterfamilias hinausgehende wieder aufstellen will. Vgl. auch das im § VIII. bezüglich der custodia und im § XII a. E. hinsichtlich des § 466 H. G. B. Ausgeführte.

III.

Abgesehen von diesem letzten Fall, der sich immerhin noch daraus erklärt, dass ein Leistungsverzug nicht vorliegt, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (l 91 § 3 de verb. obl. 45, 1, l 21 l 23 pr. D de usur. et mora 22,1, § 285 B.G.B.), kennen beide Rechte noch eine grössere Anzahl von Fällen, in denen entgegen dem allgemeinen Grundsatz: casus a nullo praestantur ohne jegliches Verschulden des Haftpflichtigen eine Verantwortlichkeit begründet ist.

Die wichtigsten, aber auch, wenigstens hinsichtlich des römischen Rechts, umstrittensten sind die der Haftung bis zur höheren Gewalt. Man versteht hierunter Fälle, in denen nach gesetzlicher Vorschrift gewisse Personen zwar über Verschulden hinaus — etiamsi sine culpa eorum res periit vel damnum datum est (l 3 § 1 D n. c. st. ut rec. rest. 4,9) — zu haften haben, sich jedoch durch den Nachweis, dass der Schaden durch vis maior (l 3 § 1 i. f. eod.) hervorgerufen ist, befreien können.

Im römischen Recht waren in dieser Weise nach der herrschenden und richtigen Ansicht (s. § VIII) nur verantwortlich der nauta, caupo, stabularius (l 1§§ 2,5 eod.), die für Verlust und Beschädigung der in ihren Betrieb eingebrachten Sachen in der genannten Art hafteten (l 1 pr. § 8 l 2 l 3 pr. § 1 eod.), und der dominus horreorum (Inhaber eines Lagerhauses: l 3 § 2 D de off. praef. vig. 1,15) hinsichtlich der bei ihm zur Verwahrung niedergelegten Gegenstände (l 1 C de loc. et cond. 4,65, Mos et Rom. leg. coll. Tit. I Cap. IX).

Diese strenge Haftung der Gastwirte und Schiffer ist in ihrem wesentlichen Umfang auch in die modernen Landesgesetze, so den code civil (Artt. 1952 — 1954 und 1782 — 1784) und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (§§ 1280 — 1290) übergegangen, während das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (Teil II Titel 8 §§ 444 — 447 und 1734, 1735) sie schon dann von der Verantwortlichkeit befreite, wenn der Schaden „durch äussere Gewalt und Zufälle, die der Wirt bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder vorhersehen noch verhüten, bezw. durch äusseren Zufall, den der Schiffer nicht vermeiden konnte", entstanden war.

Zugleich hat aber das moderne Recht die Haftung folgerichtig auch noch auf andere Betriebe ausgedehnt. Bereits der code civil und mit ihm der code de commerce haben sie (Artt. 1782 — 1784 bezw. 103) auf die voituriers par terre übertragen, und ebenso hafteten nach Art. 395 A.D.H.G.B. der Landfrachtführer und gemäss Art. 423 — jedoch nur insofern sich auf Grund der Artt. 424 — 431 nicht etwas Anderes ergab — analog die Eisenbahn für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden war, so weit sie nicht bewiesen, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis maior) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden war, sowie nach Art 607 Abs. 1 in gleicher Weise der Verfrachter eines Seeschiffes, bezüglich dessen jedoch Verlust und Beschädigung, welche aus einem mangelhaften Zustand des Schiffes entstanden waren, der aller Sorgfalt ungeachtet nicht entdeckt werden konnte, dem Verluste oder der Beschädigung durch höhere Gewalt gleichgeachtet wurden (Art. 607 Abs. 2),

Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat indes in den §§ 429 und 606 diese weitgehende Haftung bezüglich des gewöhnlichen Frachtführers und des Verfrachters wieder aufgehoben(s. § II)und zwar weil,wie die Denkschrift (Hahn-Mugdan S. 403-404, 422) ausführt, „der Standpunkt, dass die Natur des Frachtgeschäftes eine derartig verschärfte, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegenüber als eine Ausnahme erscheinende Haftung notwendig mache, schon im Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt verlassen worden sei, Fuhrleute, Packträger und dergleichen Gewerbetreibende jedenfalls nicht ungünstiger gestellt werden könnten als die Binnenschiffer, dementsprechend aber fürderhin der neue Grundsatz auch im Seerecht Platz greifen müsse, zumal da dies hier um so weniger Bedenken habe, als die bisherige strenge Haftung doch durch die üblichen Verfrachtungs- und Konnossementsbedingungen ausser Anwendung gesetzt zu werden pflegten." Nur für die Eisenbahn ist, und zwar nach der Denkschrift (Hahn-Mugdan S. 404, 415) teils aus inneren Gründen, wegen der monopolartigen Stellung und Leistungsfähigkeit, teils um die Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr (Art. 30) zu wahren, im § 456 H.G.B. das alte Haftungsprinzip — jedoch nur insoweit auch wieder die nachfolgenden Paragraphen und die Eisenbahnverkehrsordnung (§§ 70 ff.)[1]) nicht etwas anderes bestimmen (§ 454, s. aber auch § 471 H.G.B.) — beibehalten worden, dabei indes überflüssigerweise nach dem

[1]) Dadurch ist die E. V. O. zu einer eigentlichen Rechtverordnung, im Sinne des § 549 C. P. O. revisibelen Rechtsnorm, geworden, während sie früher bloss den Charakter einer Verwaltungsvorschrift für die Eisenbahn besass, deren Normativbedingungen lediglich durch Aufnahme in den Frachtvertrag rechtlich massgebend wurden. Vgl. Denkschrift bei Hahn-Mugdan S. 413—414, Eger die Eisenbahnverkehrsordnung 2. Aufl. 1901 S. 4—5.

Vorbild des Art. 30 Int. Uebereink. noch der Umstand, dass der Schaden nachweislich durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten verursacht ist, ausdrücklich als haftfreiend aufgeführt. Derselbe Grundsatz ist im § 75 der E.V.O. v. 26. 10. 99. wiederholt.

Neu ist die Bestimmung des § 453 Abs. 1 Z. 3(§ 6 Abs. 1 Z. 3 E.V.O.), nach der eine dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn die Uebernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reiches unter Anderem verweigern darf,

wenn die Beförderung durch Umstände, welche als höhere Gewalt zu betrachten sind, verhindert wird.

Für den Schaden, der durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, haftete die Eisenbahn nach Art. 423, 397 A.D.H.G.B. dann nicht, wenn diese Versäumung nachweislich durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht hat abgewendet werden können, während das H.G.B. v. 10. 5. 97 (§ 466, E.V.O. § 86) in Anlehnung an die Bestimmung des Art. 39 Int. Uebereink. v. 14. 10.90 und des § 86 der alten E.V.O. v. 15. 11. 92 den Nachweis verlangt, das die Verspätung von einem Ereignis herrührt, das die Eisenbahn weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte.[2])

Nach § 1 R.H.Pfl.G. v. 7. 6. 71 ist der Betriebsunternehmer einer Eisenbahn für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass bei dem Betrieb derselben ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, sofern er nicht beweisst, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eignes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.

[2]) Der Unterschied ist jedoch mehr theoretischer als praktischer Natur: s. § XII. a. E.

Die Post leistet Ersatz nach§ 11 Abs. 1 Z. 2 P.G. v. 28. 10. 71 für die erforderlichen Kur- und Verpflegunskosten im Fall der körperlichen Beschädigung — auch der Tötung, da diese „der schwerere Fall der Körperverletzung"[3]) — eines Reisenden bei Reisen mit ordentlichen Posten, nach Art. 8 Z. 1 W.P.V. v. 15. 6. 97 für verloren gegangene Einschreibsendungen nach Art. 12 Uebereinkommens betreffend den Austausch von Briefen und Kästchen mit Wertangabe, Art. 13 Uebereink. betr. den Austausch von Postpacketen, Art. 11 Uebereink. betr. d. Postauftragdienst für verloren gegangene, beraubte oder beschädigte Briefe oder Kästchen mit Wertangabe sowie Postpackete und für verloren gegangene Einschreibebriefe bis zum Nachweis des Eintritts des Schadens durch höhere Gewalt oder eigene Schuld des Absenders oder auch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, nach § 6 Abs. 1 und Abs. 3 P.G. für den Verlust und die Beschädigung von Briefen mit und von Postpacketen mit oder ohne Wertangabe, sowie für den Verlust von rekommandierten Sendungen sogar bis zum Nachweis der Herbeiführung des Schadens durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses oder auch eigene Verschuldung des Absenders oder die natürliche Beschaffenheit des Gutes und haftet unbedingt nach § 6 Abs. 4 dess. Ges. und Art. 7 Uebereink. betr. d. Postanweisungsdienst für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge, sowie nach § 11 Abs. 1 Z. 1 P.G. für den Verlust oder die Beschädigung des reglementsmässig eingelieferten Passagiergutes, kann dafür aber gemäss § 15 in Fällen des Krieges und gemeinen Gefahr durch öffentliche Bekanntmachung jede Verantwortlichkeit ablehnen.

Auch nach B.G.B. (§ 701) hat der Gastwirt, der gewerbsmässig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, einem

[3]) Dambach das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs 6. Aufl. 1900 § 11 S. 121.

im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommenen Gast den Schaden zu ersetzen, den derselbe durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet, es sei denn, dass der Schaden von dem Gaste, einem seiner Begleiter oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht wird oder durch die Beschaffenheit der Sache oder durch höhere Gewalt entsteht.

Weitere Haftungsfälle bis zur höheren Gewalt kennt das B.G.B. nicht. Doch lässt Art. 105 E.G. die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen der Unternehmer eines Eisenbahn- oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebs für den aus dem Betrieb entstehenden Schaden in weiterem Umfang als nach den Bestimmungen des B.G.B. verantwortlich ist, unberührt. Auf Grund dessen bleibt insbesondere der § 25 Abs. 1 des Preussischen Gesetzes vom 3. November 1838, der bestimmt, dass die Eisenbahngesellschaft zum Ersatz für allen Schaden, der bei der Beförderung auf der Bahn an auf derselben beförderten Personen oder Gütern oder auch anderen Personen und deren Sachen entsteht, verpflichtet ist und sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien kann, dass der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist, in Kraft und behält auch gegenüber dem R.H.Pfl.G. insofern seine Bedeutung, als dieses nur die Beschädigung von Personen regelt. Bayern hat sogar von der ihm durch die Artt. 105 und 3 E.G. gelassenen Befugnis ausgedehnteren Gebrauch gemacht und in den Artt. 58, 59 seines Ausführungsgesetzes ganz neue diesbezügliche Bestimmungen getroffen.

IV.

Damit ist jedoch die reichsgesetzlich anerkannte Haftung über eignes Verschulden hinaus nicht erschöpft.

In erster Linie gehören hierhin noch die Fälle, in denen jemand für Verschulden dritter Personen und für die durch Tiere angerichteten Schädigungen aufzukommen hat.

Der von Ulpian in l 149 D de div. reg. iur. ant. 50, 17 als allgemein gültig aufgestellte Grundsatz: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet, ist im römischen Recht, abgesehen von einer Anzahl Fälle, die nur mehr ein historisches Interesse beanspruchen können,[1]) nur bezüglich des conductor operis durchgedrungen (l 25 § 7 D loc. cond. 19,2, Urt. des R.G. v. 23. 6. 83 in Bd. 10 S. 166). Sonst wurde für Dritte, deren Hülfe man sich bediente, nur bei culpa in eligendo vel inspiciendo gehaftet. (vgl. l 21 § 3D de neg. gest. 3,5, l 10 § 1 l 11 D commod. v. c. 13,6), gleichwie auch

[1]) Hiernach hafteten der Prinzipal für den institor (Geschäftsführer) und der exercitor navis (Schiffsrheder) für seinen magister (Kapitän), soweit diese Personen dienstlich tätig waren (l 5 §§ 8, 10, D de inst. act. 14, 3, l 1 § 9 D exerc. act 14, 1), der nauta, caupo, stabularius in Ausübung seines Gewerbes für alle seine Leute und selbst die vectores und viatores (l 1 § 8 ll 2—7 D n. c. st. ut rec. rest. 4, 9, l 5 § 6 D de obl. et act. 44 7, l un D furti adv. n. c. st. 47, 5, § 3. J de obl. quae quasi ex del. nasc. 4, 5), die Publicani hinsichtlich aller unerlaubten Handlungen ihres Personals (l 1 pr. D de publ. 39. 4), ferner sogar, ohne dass ein derartiges Dienstverhältniss vorlag, der Hausvater für die Delikte seiner Sklaven (pr. I de nox. act. 4, 8, Tit. D de non. act. 9, 4, l 1 pr. l 5 § 6 D de his qui effud. 9, 3), nach klassischem Recht auch für Delikte seiner Hauskinder (§ 7 I. 4, 8), mit den Noxalklagen, bei Bereicherung auch mit der actio ex peculio (l 3 § 12 D de pec. 15, 1), und endlich der Zimmer- und Hausbewohner mit der actio de effusis vel deiectis (l 1 pr. D h. t. 9, 3. §§ 1, 2 I de obl. quae quasi ex del. nasc. 4, 5).

jetzt noch in ausservertraglichen Verhältnissen derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt, nach § 831 B.G.B. nur bei mangelnder Sorgfalt seinerseits verpflichtet wird.[2])

Dagegen hat im Anschluss an die neuere Rechtsentwicklung, insbesondere Art. 400 A.D.H.G.B., das B.G.B. im § 278 die allgemeine Norm aufgestellt, dass der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang wie eigenes Verschulden zu vertreten hat.

Jedoch kann ihm nach § 278 Satz 2, entgegen § 276 Abs. 2, die Haftung für Vorsatz im Voraus erlassen werden.

Im Gegensatz dazu haftet die Eisenbahn wie nach Artt. 423, 400 A.D.H.G.B. so auch nach § 458 H.G.B. (§ 9 E.V.O. Art. 29 Int. Uebereink. v. 14.10. 90) für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, unbedingt, d.h. soweit sie selbst für Zufall einzustehen hat, also auch wenn dieselben kein Verschulden trifft, es sei denn, dass sie

[2]) Fälle des Einstehens für culpa in eligendo s. noch im § 516 Abs. 2 H. G. B. (Art 483 Abs. 2 A. D. H. G. B.) sowie in den §§ 9 Abs. 2, 5 Abs. 2 B. Sch. bezw. Fl. G. v. 15. 6. 95, auch in den § 664 Abs. 1 Satz 2, 691 Abs. 1 Satz 2 B. G. B., der Haftung für culpa in inspiciendo in den §§ 832, 834 B. G. B. Zu den obigen Ausführungen vgl. hinsichtlich des römischen Rechts Pernice II. S. 247—250, Unger Jahrb. Bd. 30 385—388, Windscheid II. § 401 S. 460—462 insbes. Anm. 5, § 457 S. 649—650, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 67 S 143—144, Rümelin Schadenszurechnung S. 14—15. 20, Volkmar Vis maior und Betriebsgefahr 1900 S. 58—62.

Ganz anders Baron Arch. S. 206, 226, 260—274, 277—284, Pand. § 237 S. 422—424, Bruckner § 18 S. 159—160, § 19 S. 184, §§ 24—28 S. 206 232 infolge ihrer die Custodialhaftung betreffenden Theorien, die darunter insbesondere auch das Einstehen für fremde Schuld verstanden wissen wollen; s. dagegen die Ausführungen im § VIII.

durch höhere Gewalt zu ihrem Verhalten gebracht worden wären, (§ 456 H.G.B.).

Entsprechend der Herabsetzung der Haftung des Frachtführers nach § 429 H.G.B. gegenüber dem Art. 395 A.D.H.G.B. auf eine solche für Verschulden musste auch die im Art. 400 aufgestellte Verantwortlichkeit gemindert werden, und so bestimmt denn § 431 H.G.B., dass derselbe fürderhin nur mehr ein Verschulden seiner Leute und anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten hat.

Diese Vorschrift erscheint, da sie, wenigstens ihrem Wortlaut nach, dasselbe besagt wie § 278 B.G.B. und dieser gemäss Art. 2 E.G.z.H.G.B. mangels einer anderen Bestimmung auch hier Anwendung zu finden hätte, an sich überflüssig, wenn nicht schon aus ihrer ausdrücklichen Aufführung im H.G.B. darauf geschlossen werden müsste, dass ihr ein anderer Sinn innewohnen soll als dem § 278 B.G.B. Davon geht auch die Denkschrift z.H.G.B. aus, die in dieser Beziehung (Hahn-Mugdan S. 405) sagt, „dass durch den § 278 B.G.B. der Artikel 400 A.D.H.G.B. in seiner neuen Fassung (des § 431 H.G.B.) nicht völlig ersetzt werde; denn nach Art. 400 hafte der Frachtführer, wie in Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannt sei, für seine Leute auch dann, wenn eine Handlung in Frage stehe, die der Angestellte nicht unmittelbar bei Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen vorgenommen habe." Tatsächlich hat denn auch das Reichsgericht wiederholt, so in seinem Urteil vom 30. 9. 82. (Bd. 7 S. 127-128), bezüglich des Art. 400 ausgeführt,

dass es genüge, dass die Anstellung im Gewerbebetrieb der Eisenbahn und die infolge davon eingetretenen Umstände der betreffenden Person tatsächlich Veranlas-

sung zur Vornahme der Handlung gegeben hätten oder dass die Handlung dadurch erleichtert oder begünstigt worden sei; nur wenn eine solche Verbindung gar nicht vorliege, trete eine Haftung nicht ein; dabei sei der Begriff Gewerbebetrieb im weitesten Umfange zu nehmen und nicht auf die unmittelbar auf den Transport gerichteten Handlungen zu beschränken, so dass also hiernach schon ein bloss mittelbarer, ja ganz loser Zusammenhang des Verschuldens der Gehülfen mit deren dienstlicher Stellung zur Begründung der Verantwortlichkeit ausreichend erscheint, falls sie nur im Gewerbebetrieb des Frachtführers angestellt sind oder Verwendung finden.[3])

Aus dem bis jetzt Erörterten geht hervor, dass der § 278 B.G.B., wenigstens nach der Absicht des Gesetzgebers, — für den § 831 ist dies mit Rücksicht auf seinen bestimmten Wortlaut selbstverständlich — nur für den Fall eine Haftpflicht aufstellen wollte, dass der Schaden „in Ausführung der Verrichtung (Erfüllung der Verbindlichkeit)" verursacht ist, so dass es hier nicht genügen soll, „dass die Erfüllungshandlung zum schädigenden Benehmen nur in einem rein äusserlichen Verhältnisse steht, der Schaden also nur gelegentlich ihrer

[3]) Uebereinstimmend z. B. Cosack H. R. § 89 S. 438—439, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 69 S. 146—147; anders Eger E. V. O. § 9 S. 36—37, Das Reichshaftpflichtgesetz 5. Aufl. 1900 § 1 S 119—120, der die Haftpflicht nur auf diejenigen Organe, welche dem eigentlichen Transportgewerbe der Eisenbahn angehören, beschränkt wissen will und verlangt, dass dieselben den Schaden in Ausübung ihrer Dienstfunktion oder doch bei Gelegenheit derselben, also während sie in Ausführung ihrer Dienstfunktion waren, herbeigeführt haben, aber auch zugiebt, dass die Haftung des § 431 (§ 458) H. G. B. (§ 9 E. V. O.) weiter gehe als die nach § 278 B. G. B, da dort auch ein bloss mittelbarer Zusammenhang mit den dienstlichen Verrichtungen genüge. Staub II § 431 hingegen hält die Vorschrift des § 431 H. G. B. mit der des § 278 B. G. B. für identisch und damit überflüssig; in beiden Fällen verlangt er zur Verantwortlichkeit einen unmittelbaren Zusammenhang mit der dienstlichen Verrichtungen.

hervorgerufen ist." Vielmehr wird in diesem wie auch, ihrem präzisen Wortlaut entsprechend, in den folgenden Fällen verlangt, dass die schuldhaften Handlungen der betreffenden Personen „mit der Ausführung ihrer Dienstverrichtungen in einem inneren Zusammenhang stehen, also der Schaden durch die Art und Weise, in welcher sie ihren Dienst verrichten, veranlasst ist.[4])"

Folgerichtig macht das B.G.B. im § 31 auch den Verein für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied desselben oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene zum Schadenersatz verpflichtetende Handlung einem Dritten zufügt. Diese Bestimmung findet gemäss § 86 auch auf Stiftungen und nach § 89 den Fiskus sowie die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes entsprechende Anwendung, jedoch nur insoweit deren Organe solche zum Schadenersatz verpflichtende Handlungen in Ausübung ihrer privatrechtlichen Vertretungsmacht vorgenommen haben. Dagegen musste „die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der Staat, die Gemeinden und andere Kommunalverbände auch einen von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden zu vertreten haben, da sie dem öffentlichen Recht angehört, der Landesgesetzen überlassen bleiben.[5])" Prinzipiell haf-

[4]) Oertmann Das Recht der Schuldverhältnisse 1899 § 278 S. 38, § 831 S. 568, Makower—Loewe § 485 S. 11, Denkschrift z. B. G. S. 11. Dernburg B. R. II. 2. Aufl. § 387 S. 624, I § 67 S. 173, Eger R. H. Pfl. G. § 2 S. 269—275; dazu die in Anm. 3 Genannten. Anderer Ansicht Rümelin Schadenszurechnung S. 88, der auch bezüglich des § 278 einen bloss mittelbaren Zusammenhang genügen lassen will vgl. auch Unger Jahrb. Bd. 30 S. 389—398.

[5]) Art. 77 E. G. z. B. G. B. Denkschrift z. B. G. B. S. 18—19, dazu Dernburg B. R. I § 70 S. 186—190, § 72 S. 193—195.

tet reichsrechtlich in diesen Fällen, d. h. bei Amtspflichtverletzung, gemäss § 839 B.G.B. nur der Beamte. Verletzt jedoch ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so trifft den Beteiligten gegenüber die dort bestimmte Verantwortlichkeit nach ausdrücklicher Vorschrift des § 12 G.B.O. an, Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Unberührt bleiben nach Art. 78 E.G.z.B.G.B. die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen die Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehülfen in weiterem Umfang als nach dem B.G.B. haften.

Weiter ist nach § 485 H.G.B. (Art. 451 A.D.H.G.B.) — vgl. auch §§ 702 Abs. 3, 734 (Artt. 704 Abs. 3, 736) H.G.B. — und § 3 (vgl. auch §§ 79 Abs. 3, 92) B.Sch.G. der Rheder bezw. Schiffseigner für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt, verantwortlich, während für den Verfrachter eines Seeschiffes, mangels einer entsprechenden Bestimmung, falls er nicht selbst der Rheder ist und deshalb § 485 H.G.B. Platz greifen könnte, gemäss Art. 2 E.G.z.H.G.B. die Vorschrift des § 278 B.G.B. gelten muss dagegen hinsichtlich des Frachtführers eines Binnenschiffs, selbst wenn er der Schiffseigner ist, auf Grund des § 26 B.Sch.G. der § 431 H.G.B. Anwendung zu finden hat.

Ebenso hat nach § 2 R.H.Pfl.G. derjenige, der ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt, wenn ein Bevollmächtiger oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder der Arbeiter angenommene Person in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat, für den dadurch entstandenen Schaden aufzukommen.

Unbedingt hingegen haftet wieder der Flosseigentümer für alle Beschädigungen, welche infolge Verschuldens des Flossführers oder einer Person der Flossmannschaft verursacht werden (§ 2 Abs. 1 Fl.G.), ferner der Frachtführer (§ 432 H.G.B.) und analog die Eisenbahn (§ 454 H.G.B., § 74 Abs. 1 und 2 E.V.O., Art. 27 Abs. 1 und 2 Int. Uebereink. v. 14.10 90) — jedoch mit den im § 469 H.G.B., § 74 E.V.O., Art. 27 Int. Uebereink. angeführten Beschränkungen — für die Ausführung der Beförderung durch jeden anderen Frachtführer, dem sie das Gut zwecks der von ihnen übernommenen Beförderung übergeben haben, und zwar völlig selbständig, nicht bloss nach Art eines Bürgen, wie wohl aus der Fassung des Art. 401 (423) A.D.H.G.B. hätte geschlossen werden können (Hahn-Mugdan S. 405).

Desgleichen hat nach § 702 B.G.B. der Gastwirt unbedingt jedes Verschulden seiner Leute zu vertreten. Mit Rücksicht auf das dem Mietvertrag zu Grunde liegende persönliche Vertrauensverhältnis soll nach § 549 Abs. 2 der Mieter die Gefahr auch der erlaubten Weitervermietung tragen, d. h. für jedes dem Untermieter bei dem Gebrauch zur Last fallende Verschulden einstehen, während die Natur des Bürgschaftsverhältnisses es schon an sich mitbringt, dass der Bürge für jede Veränderung der Hauptverbindlichkeit infolge Verschuldens oder Verzugs des Hauptschuldners aufzukommen hat (§ 767).[6]) Hierhin gehören auch die sich als Bürgschaftsverpflichtungen charakterisirenden Fälle der §§ 571 Abs. 2, 1251 Abs. 2 B.G.B. und des § 220 H.G.B.

Während nach römischem Recht für einen durch Tiere angerichteten Schaden bloss mit der noxalen actio de

[6]) Denkschrift z. B. G. B. S. 75, vgl. auch Dernburg B. R. II. 2. Abt. § 221 S. 169—170, Unger Jahrb. Bd. 30 S. 372.— Die Haftung für Zufall nach § 664 und § 691 B. G. B. hat in dem vertragswidrigen Handeln, die nach § 678 (vgl. l 11 D de neg. gest. 3, 5) und § 848 (vgl l 20 D de cond furt. 13, 1) in dem vorausgegangenen Verschulden ihren Grund.

pauperie gehaftet wurde (I si quadrup. paup. fec. dic. 4,9, D tit. id. 9, 1), ist nach § 833 B.G.B. jeder, der ein Tier hält, für allen durch dasselbe angerichteten Schaden verantwortlich; nicht der geschädigte Dritte, sondern der Tierhalter soll die mit dem Halten der Tiere verknüpften Gefahren tragen. Aus analogem Gesichtspunkt rechtfertigt sich auch die Wildschadenersatzpflicht des § 835 und der gemäss Art. 71 E.G. bleibenden Landesgesetze.[7])

Weiter stellt das B.G.B. in einigen Fällen, trotzdem ein rechtliches Verschulden nicht vorliegt, die Handlung, die den Schaden herbeigeführt hat, sogar gesetzlich erlaubt sein kann, dennoch, wie schon meist aus dem Wortlaut der betreffenden Vorschriften hervorgeht, aus Billigkeitsrücksichten[8]) eine Entschädigungspflicht auf. So

[7]) Während das preussische Wildschadengesetz nach § 1 ebenfalls nur für die im § 835 Abs. 1 B. G. B. aufgezählten Wildsorten haften lässt hat z. B. das bayerische A. G. z. B. G. B. nach Art 144 die Ersatzpflicht auch auf den Schaden erstreckt, der durch jagdbare Säugetiere, anderer als der im B. G. B. bezeichneten Gattungen angerichtet wird.

Vgl. über die Haftung für Tiere besonders die Denkschrift z. B. G. B. 109—110, Unger Jahrb. Bd. 30 393—402, Rümelin Schadenszurechnung S. 78—79, auch Dernburg B. R. II. 2. Abt. §§ 396—397 S. 648—654 und wegen des römischen Rechts Pernice II S. 247—248, 250—251, Windscheid II § 457 S. 650.

[8]) Denkschrift S. 108, 39, 41, 178, 257, s. auch R. Merkel S. 154—158. 183, 132—133, der jedoch in allen sonstigen Fällen (S. 144—236) im Anschluss an die bereits von seinem Vater in der Encyklopädie (§§ 664 ff, insbesondere §§ 680, 683) und von Unger (Jahrb. Bd. 33: dessen »Billigkeitprinzip«: Eigenes Interesse, eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr) niedergelegten Gedanken als allgemeines Haftungsprinzip die Durchführung des Grundsatzes verlangt, dass derjenige,

der, wenn auch erlaubter Weise, zur Wahrung seiner Interessen tätig werde, die Schäden, die er dabei anrichtet, zu ersetzen habe, also auf eigene Gefahr handeln müsse.

Vgl. ähnlich Motive z. B. G. B. zu § 278 (§ 224 des Entw.) II. S. 30. Anders Rümelin Schadenszurechnung S. 65—70. der die Haftpflicht Unzurechnungsfähiger als »Haftung für eigene von einem bestimmten Normaltypus abweichende Individualität« bezeichnet, die Verantwortlichkeit für Notstandshandlungen unter das von ihm im Uebrigen vertretene Prinzip der »Gefährdungshaftung« bringt.

Vgl. dazu ferner nach Unger Jahrbuch Bd. 30 S. 379—380, Cosack B. R. I. § 72 S. 248, § 166 S. 615, der die Haftung der Unzurechnungsfähigen und die für Gehülfen auf altdeutsches Recht zurückführt; ebenso bei Gerber System des Deutschen Privatrechts 17. Aufl. bearbeitet von Cosack 1895 § 201 S. 340, § 258 S. 436.

hat gemäss § 829 auch eine nach §§ 827, 828 für ihre Handlungen nicht verantwortliche Person den von ihr angerichteten Schaden, sofern dessen Ersatz nicht von einem aufsichtpflichtigen Dritten zu erlangen ist, insoweit zu ersetzen, als eine Schadloshaltung unter billiger Berücksichtigung aller Umstände geboten erscheint; ebenso hat, wenn ein Notstand von dem Handelnden selbst verschuldet ist (§ 228) oder im Fall eines Notstandes eine angriffsweise Einwirkung auf das Rechtsgut eines Dritten geboten erscheint (§ 904), und wenn eine Handlung in der, wenn auch entschuldbaren, Annahme, dass die die Widerrechtlichkeit ausschliessenden Voraussetzungen der Selbsthülfe vorlägen, vorgenommen ist (§ 231), der Handelnde den durch sein Vorgehen entstehenden Schaden zu ersetzen, und nach § 1715 ist der Vater eines unehelichen Kindes verpflichtet, der Mutter mindestens die Kosten der Entbindung und des Unterhaltes für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung zu ersetzen.

Haftungen ohne Verschulden, die ebenfalls in der Natur der Sache billigerweise begründet sind (vgl. Denkschrift z. B.G.B. S. 121), liegen auch in folgenden Vorschriften: den Bestimmungen der §§ 917, 912 betreffend die Entschädigung für die Duldung eines Notwegs oder Ueberbaues (vgl. l 12 pr. D de relig. et sumt. fun. 11,7), der §§ 867, 962, 1005 betreffend den Ersatz des durch Betreten eines fremden Grundstückes zwecks Wiedererlangung einer abhanden gekommenen Sache hervorgerufenen Schadens (vgl. l 9 § 1 D ad exhib. 10,4), des § 830, nach dem, wenn mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben, jeder selbst dann für den ganzen Schaden verantwortlich ist, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten denselben durch seine Handlung ver-

ursacht hat,[9]) des § 26 G.O. (Art. 125 E.G.z.B.G.B.) betreffend die Schadloshaltung für benachteiligende Wirkungen einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage, in den durch Art. 67 Abs. 2 E.G. aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften betreffend die für die Beschädigung eines Grundstücks durch Bergbau zu gewährende Entschädigung, und endlich in den nach Artt. 32, 109 unberührt bleibenden Bestimmungen einer Anzahl von Reichs- und Landesgesetzen betreffend die Entschädigung für die im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehungen, Beschädigungen oder Benutzungen einer Sache, Beschränkungen des Eigentums sowie Entziehungen und Beschränkungen von Rechten (vgl. l 14 § 1 D quemadm. serv. amitt. 8,6).[10])

Hierhin gehören auch die Fälle, in denen, wie die Denkschrift sagt, „aus Gründen der Billigkeit und Verkehrssicherheit" ohne jedes oder doch direktes Verschulden auf das negative Vertragsinteresse (§§ 122, 179 Abs. 2 B.G.B.) gehaftet wird. Dies trifft zu, wenn eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nach § 118 nichtig

[9]) Nach Art. 108 E. G. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, der bei einer Zusammenrottung, einem Auflauf oder Aufruhr entsteht, unberührt. Für Preussen kommt hier das Gesetz vom 11. März 1850 in Betracht, das eine Haftung ohne Verschulden, ja gerade für Fälle der höheren Gewalt kennt; vgl. Dernburg B. R. II. 2. Abt. § 400 S. 660.

[10]) Dazu auch Art 52–54 E. G. Art. 9 der Pr. Verfassung erklärt das Eigentum ausdrücklich für unverletzlich und bestimmt, dass es nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige, in dringenden Fällen ebenfalls vorläufig festzustellende Entschädigung nach Massgabe des Gesetzes enteignet oder beschränkt werden könne. Daraufhin sind eine Reihe von Gesetzen ergangen, von denen das wichtigste das vom 11. Juni 1874 über die Enteignung von Grundeigentum ist (s. §§ 1,7—14 dess.).

Das Reich kennt in seiner Verfassung Art. 41 nur eine Enteignung zwecks Anlegung strategischer Bahnen; doch hat es noch eine Anzahl solcher Spezialgesetze erlassen, hanptsächlich ebenfalls in militärischem Interesse. Auch die G. O. enthält im § 51 eine Art Enteignung.

Vgl. dazu Dernburg B. R. I. §§ 46, 47 S. 113—121.

oder wegen, gleichviel ob entschuldbaren oder unentschuldbaren Irrtums bezw. unrichtiger Uebermittelung durch die dazu verwendete Person oder Anstalt nach §§ 119, 120 erfolgreich angefochten worden ist, und wenn ein Vertreter, der den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat, dem anderen vertragschliessenden Teil nach § 179 schadenersatzpflichtig wird.[11])

Endlich sind hier noch die neuen Bestimmungen der §§ 717 Abs. 2 und 945 C.P.O. zu erwähnen, nach denen im Fall, dass ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, oder die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder rückgängig gemacht wird, der Gläubiger dem andern Teil schadenersatzpflichtig ist. [12])

---

[11]) Denkschrift S. 20-22, 32, Unger Jahrb. Bd. 30 S. 381—383, Rümelin Schadenszurechnung S. 75—76, A. Engelmann § 38 S. 106—108, Cosack B. R. I. § 64 S. 247—248, Planck Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 2. Aufl. 1898 I. § 120 S. 170, § 130 S. 181; gleichgültig ist, ob die Willenserklärung durch die Mittelsperson dolos oder etwa — im Gegensatz zu der im § 99 Entwurfes 2. Lesung vorgesehen gewesenen Bestimmung — infolge der Einwirkung einer vis maior verstümmelt ist.

Hierhin kann auch die Gewährleistungspflicht für erhebliche Mängel einer verkauften Sache, die ohne Wissen des Verkäufers zur Zeit des Gefahrübergangs, nach römischen Recht zur Zeit des Kaufabschlusses, vorhanden sind, gerechnet werden (§ 459 B. G. B., vgl. l 1 § 1 D de aedil.ed. 21, 1), wenn auch hier wenigstens eine Schadenersatzpflicht nicht begründet ist, sondern nur ein Anspruch auf Wandelung oder Preisminderung besteht.

[12]) Vgl. auch § 302 Abs. 4 und § 89 Abs. 1 Satz 3 C. P. O; dazu R. Merkel S. 133—134, Rümmelin Schadenszurechnung S. 78, Dernburg B. R. II. 2. Abt. § 399 S. 658—659.

V.

Wenn auch das Folgende nicht in direktem Zusammenhang mit unserer Hauptaufgabe steht, so soll doch der Vollständigkeit halber mit einigen Worten auf die Frage eingegangen werden, in welcher Weise derjenige, der für ein schädigendes Ereignis haftet, in Anspruch genommen werden kann.

Wie wir gesehen haben, ist auch das moderne Recht in seinen Vorschriften über die Haftung im Wesentlichen vom Verschuldungsprinzip ausgegangen und hat nur ausnahmsweise, ohne indes einen einheitlichen Grundsatz aufzustellen, den Standpunkt des reinen Verursachungsprinzips eingenommen.

In allen Fällen nun, in denen dem Gesagten zufolge eine Schadenersatzpflicht besteht, ist der Verpflichtete gemäss § 249 Satz 1 B.G.B. regelmässig gehalten, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Berechtigte kann jedoch wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache statt der Herstellung nach seinem Belieben den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 Satz 2); er ist auf diesen Geldbetrag beschränkt, wenn die Herstellung zur Entschädigung nicht genügt oder nicht oder nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist (§ 251), oder wenn er dem Ersatzpflichtigen eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hatte, dass er die Herstellung später ablehnen werde (§ 250). Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann gemäss § 253 eine Entschädigung in Geld jedoch nur in den durch das Gesetz besonders bezeichneten Fällen (s. §§ 847, 1300, 1715 Abs. 1 Satz 2) verlangt werden.

Regelmässig aber umfasst der Schadenersatz das gesamte Interesse, also sowohl nach römischem Recht (l 33 pr. i. f. D ad leg. Aqu. 9,2, l 8 D de evict. 21,2, l 3 § 11 D uti poss. 43,17, l 13 pr. D rat. rem hab. 46,8, l 30 § 1 D de act. emti et vend. 19,1) als auch dem A.D.H.G.B. (Art. 283) und dem B.G.B. (§§ 249, 252) ausser dem unmittelbaren Vermögensschaden auch den entgangenen Gewinn, der nach Lage der Sache mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Bei Vertragsschaden geht demnach die Ersatzpflicht auf das volle, sog. positive oder Erfüllungsinteresse, d. h. auf Ersatz desjenigen Vermögensnachteils, der durch die Nicht- oder nichtgehörige Erfüllung eines Vertrages verursacht ist, so dass der Gläubiger hier „in einem Geldäquivalent alles erhält, was er im Fall der richtigen Erfüllung des Kontraktes gehabt haben würde." Dem steht gegenüber das sog. negative Vertragsinteresse, d. h. der Schaden, den jemand durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit einer in Wahrheit nicht rechtsbeständigen Willenserklärung erlitten hat (§§ 118 - 120, 122, 179, 307 B.G.B., l 62 § 1 D de contrah. emt. 18,1). Der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse setzt einen Vertrag voraus, der erfüllt werden sollte, das negative dagegen einen solchen, dessen Erfüllung nicht verlangt werden konnte, weil er entweder von Anfang an nichtig oder doch mit Erfolg angefochten war. In diesem Fall erhält der Berechtigte das, „was er haben würde, wenn die äussere Tatsache des Kontraktabschlusses gar nicht vorgekommen wäre." Doch soll nach B.G.B. (§§ 122, 179, 307) das negative Interesse den Betrag des positiven nicht überschreiten.

Wie nach römischem (l 10 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, § 3 J de emt. et vend. 3,23), so gebühren aber auch nach Reichsrecht die Vorteile, die ein schadenstiftendes Ereignis gegebenenfalls für den Gegner mit sich bringt, demjenigen, der den Schaden zu tragen hat, so

dass sich also unter Umständen die Ersatzpflicht um einen entsprechenden Betrag mindert (vergl. §§ 324, 281. B.G.B.). Deshalb ist derjenige, der ein Recht auf Schadenersatz hat, verpflichtet, dem Ersatzpflichtigen die Ansprüche abzutreten, die ihm auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen (l 14 pr. D de furt. 47, 2, § 255 B.G.B.).

Der Unterschied zwischen positivem und negativem Interesse wird besonders in den Fällen der Leistungsunmöglichkeit praktisch.

Wie nach römischem Recht „impossibilium nulla est obligatio" (l 185 D de div. reg. iur. ant. 50, 17), mag diese Unmöglichkeit nun in Naturgesetzen (§ 1 J de inut. stip. 3, 19, l 15 pr. D de contrah. emt. 18,1) oder in Rechtsvorschriften (§ 2 J eod., l 103 D de verb. obl. 45,1) oder in solchen der guten Sitte (l 26 l 27 pr. D eod., l 15 D de cond. institut. 28,7) ihren Grund haben, so sind auch nach Reichsrecht alle auf eine unmögliche Leistung gehenden (§ 306 B.G.B.) oder gegen ein gesetzliches Verbot (§§ 134, 309) oder die gute Sitte (§ 138) verstossenden Verträge nichtig. Jedoch haftet derjenige, der die Unmöglichkeit kannte oder doch kennen musste, auf das negative Vertragsinteresse (§ 307 B.G.B.; weiter ging das römische Recht: l 62 § 1 D de contrah. emt. 18, 1, l 30 § 1 D de act. emti et vend. 19,1). Dabei muss aber die Leistung sachlich unmöglich sein, während von vorneherein vorhandenes subjektive Unvermögen den Vertrag gültig sein lässt und zum vollen Schadenersatz verpflichtet (§ 306 i. V. mit §§ 275, 280 B.G.B., l 137 §§ 4,5 D de verb. obl. 45,1).

Anders wenn die Leistung nachträglich sachlich oder auch nur subjektiv (§ 275 Abs. 2) unmöglich wird. Dann ist zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit durch einen Umstand, den der Schuldner zu vertreten oder nicht zu vertreten hat, herbeigeführt ist. Ist er nach den ge-

setzlichen Bestimmungen für das Unmöglichwerden der Leistung nicht verantwortlich, so wird er von der Verpflichtung frei, so dass also in diesem Fall der Gläubiger die Gefahr, d.h. den Nachteil aus dem so stattgefundenen Untergang des Leistungsgegenstandes trägt (l 23 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, § 275). Doch kann der Gläubiger, wenn der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, dessen Herausgabe fordern (§ 281 Abs. 1).

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache erst dann unmöglich wird, wenn Sachen derselben Gattung überhaupt nicht mehr bestehen , andernfalls wird der Schuldner nicht frei (§ 279, l 1 §§ 2,4 D de obl. et act. 44,7), es sei denn, dass er das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche getan (§ 243 Abs. 2), d.h. dieselbe geliefert, also dem Gläubiger vergeblich angeboten (§ 293) oder zur Absendung gebracht hat (vergl. § 447), in welchem Falle sich die Verpflichtung auf diese Sache beschränkt (§§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2).[1])

Ist der Schuldner für das Unmöglichwerden der Leistung verantwortlich, so hat er den vollen Schaden, das positive Vertragsinteresse zu ersetzen; bei teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teils Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung kein Interesse für ihn hat (§ 280). Das kraft des Surrogationsprinzips Erlangte muss er sich jedoch auf den Schaden anrechnen (§ 281 Abs. 2).

[1]) Entsprechendes gilt für die Alternativobligationen (§§ 262, 264 Abs. 2, 265 B. G. B., vgl. l 2 § 3 D de eo quod certo loco d. op. 13,4); dazu Mommsen § 6 S. 45—52, Baron Pand. § 238 S. 425, A. Engelmann § 65 S. 177—178, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 12 S. 29— 31, § 44 S. 101—102, Kleineidam § 18 S. 123—125, § 15 S. 101—103.

Bei gegenseitigen Verträgen gelten wegen der Frage, welchen Einfluss die Unmöglichkeit der Leistung auf Seiten des einen Teils auf die Rechtsstellung des Gegners ausübt, folgende Besonderheiten:

Hat keine der Parteien den die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Umstand zu vertreten, so wird der Schuldner zwar frei, verliert aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung entsprechend. Verlangt der andere Teil Herausgabe des Ersatzes gemäss § 281, so bleibt er zu einer dementsprechenden Gegenleistung verpflichtet. Eine schon gemachte, dem Gesagten zufolge aber nicht geschuldete Gegenleistung kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (§ 323).

Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung zu vertreten, so wird dieser frei, während der Gläubiger zur Gegenleistung gebunden bleibt; jedoch muss der Schuldner sich das, was er infolge seiner Nichtleistung spart, anrechnen lassen. (§ 324).

Wird die dem Schuldner obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich, so hat der Gläubiger die Wahl, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder vom Vertrag zurückzutreten, oder sich so zu verhalten, als ob die Leistung durch einen von keinem zu vertretenden Umstand unmöglich geworden wäre. [2])

[2]) Vgl. betreffend die Leistungsunmöglichkeit Mommsen §§ 1 ff. besonders § 1 S. 5—6, § 2 S. 11—13, § 11 S. 102—109, § 4 S. 27—28, § 20 S. 232, § 25 S. 297—303, Windscheid II. § 264 S. 50—52, § 315 S. 384—387. Baron Pand. § 208 S. 356—357, M. Engelmann § 84 S. 219, § 98 S. 266—268, Dernburg B. R. II. 1. Abt. §§ 61, 62 S. 130—133, §§ 95, 96 S. 206—211, Cosack B. R. I. §§ 98—100 S. 338—344, Kleineidam § 4 S. 20—21, § 6 S. 35—39, § 8 S. 46—49, §§ 15 ff, besonders § 20 S. 130—131, § 15 S. 93—99, § 17 S. 114—122, § 18 S. 123—126.

Dasselbe gilt bei teilweiser Unmöglichkeit, wenn diese für den Gläubiger kein Interesse lässt. (§ 325).[2])

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen kennt das moderne Recht für gewisse Verhältnisse noch eine Reihe spezieller Vorschriften über den Umfang der Ersatzpflicht. Abgesehen davon, dass wie schon früher (§ 111) berührt, die Eisenbahn (gemäss Artt. 423 ff. A.D.H.G.B., §§ 454, 459 ff. H.G.B.,§§ 70 ff. E.V.O., Artt. 31, 32 Int. Uebereink. v. 14. 10. 90, vgl. auch § 59 B.Sch.G.) für bestimmte Schadenersatzfälle überhaupt nicht oder doch nur unter besonderen Umständen haftet, beschränkt sich auch sonst ihre wie des Frachtführers Haftpflicht bei Verlust oder Beschädigung des Gutes nach §§ 457, 430 H.G.B., 80 (83) E.V.O., Artt. 34 (37) Int. Uebereink. (Artt. 396, 423 A.D.H.G.B.) auf den gemeinen Handelswert oder in Ermangelung dessen auf den gemeinen Wert, es sei denn, dass ihnen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Gleichfalls in ihrer Höhe beschränkt oder unter Umständen sogar ausgeschlossen ist vielfach die Haftung für Wertgegenstände (§ 702 B.G.B., Artt. 395 Abs. 2, 423, 608 A.D.H.G.B., §§ 429 Abs. 2, 456 Abs. 2, 462, 607 H.G.B., § 81 E.V.O., § 58 Abs. 3 B.Sch.G.), Auch hat die Eisenbahn das Recht, in besonderen, eine Frachtpreisermässigung enthaltenden Ausnahmetarifen den Höchstbetrag ihrer Erstattungspflicht festzusetzen (§ 461 H.G.B. § 81 E.V.O., Art. 35 Int. Uebereink., vgl. auch Art. 427 A.D.H.G.B.), während andererseits hinwiederum die Möglichkeit gegeben ist, die Haftung durch sog. Interessedeklaration zu erhöhen (§ 463 H.G.B., §§ 84, 85 E.V.O., Art. 38 Int. Uebereink.). Auch die Ersatzpflicht der Post ist, ausser bei den mit Wertangabe aufgegebenen Sendungen und Postanweisungen(s.z.B. §§ 6, 8 P.G.), in ihrer Höhe auf bestimmte Beträge beschränkt (§§ 9, 10 dess. Ges., Art. 8 W.P.V., Art. 13 Int. Ueber-

eink. betr. d. Austausch v. Postpacketen). Dinglich, d.h. auf das Schiffsvermögen (Schiff und Fracht) beschränkt ist in bestimmten Fällen die Haftung des Rheders und Schiffeigeners (Art. 452 A.D.H.G.B., § 486 H.G.B., § 4 B.Sch.G., auch § 22 Fl.G.).

Auch sonst ist in den verschiedenen in Betracht kommenden Gesetzen der Umfang der Haftung vielfach noch im Einzelnen geregelt, so namentlich bei den Delikten gegen die Persönlichkeit (vgl. z.B. §§ 842-847 B.G.B., §§ 3 ff. R.H.Pfl.G.). Von einschneidender Bedeutung ist in dieser Hinsicht besonders die Reichsunfallversicherungsgesetzgebung geworden, insofern das Gesetz vom 6. Juli 1884 im § 95 die Bestimmung traf, dass die auf Grund seiner Vorschriften (§§ 1-7) versicherten Personen und deren Hinterbliebenen einen Anspruch auf Ersatz des infolge eines Unfalls erlittenen Schadens nur gegen diejenigen Betriebsunternehmer, Bevollmächtigte oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeitsaufseher geltend machen können, gegen welche durch strafgerichtliches Urteil festgestellt worden ist (s. jedoch § 97), dass sie den Unfall vorsätzlich herbeigeführt haben, und dass in diesem Fall sich der Anspruch auf den Betrag beschränken soll, um den die den Berechtigten nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften gebührende Entschädigung diejenige übersteigt, auf welche sie nach dem Unfallversicherungsgesetz Anspruch haben (dazu §§ 96, 98 dess. Ges.). Dafür hat aber der Versicherte auf die ihm nach dem Unfallversicherungsgesetz zustehende Entschädigung auch stets dann einen rechtlichen Anspruch, wenn er den Unfall selbst schuldhafter, jedoch nicht doloser,

Weise herbeigeführt hat (§ 5 Abs. 7 dess. Ges. zu § 254 B.G.B.).[3])

Was den Beweis des Verschuldens angeht, so gestaltet sich derselbe naturgemäss anders, je nachdem ein vertraglicher oder ausservertraglicher Ersatzanspruch geltend gemacht wird, der Schaden sekundärer oder primärer Gegenstand des Schuldverhältnisses ist. Letzterenfalls stützt sich die Klage lediglich auf die Behauptung des Verschuldens, diese ist also klagbegründend und daher vom Kläger zu beweisen (vgl. l 18 § 1 D de prob. et pr. 22, 3). Wer dagegen aus einem Vertrag zu leisten verpflichtet ist und angibt, das er dies aus nicht zu vertretenden Umständen nicht oder nicht gehörig könne, behauptet damit eine Aufhebung oder doch Modifizierung der ursprünglichen Verpflichtung und hat demgemäss sowohl nach römischem (l 9 § 4 D loc. cond. 19, 2, l 5 C de pign. act. 4,24) als auch nach Reichsrecht (§ 282 B.G.B.) den ihn entlastenden Umstand zu beweisen, d.h. darzutun, dass ihm weder das Eintreten des Ereignisses noch

---

[3]) Vgl. zu dem Ganzen nach Ihering Culpa in contrahendo ins. Jahrb. Bd. 4 1861 S. 15 ff., Windscheid II. §§ 257, 258 S. 30—34. Baron Pand. § 243 S. 433—436, § 236 S. 426—427, Denkschrift z. B. G. B. S. 47—48, A. Engelmann § 70 S. 185—188, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 24 S. 58, 59: §§ 29—31, 33, 34 S. 70—74, 77—81. II. 2. Abt. §§ 329, 388, 390, 391 S. 457—461, 626—629, 630—636, Cosack B. R. I. § 91 S. 319—324, H. R. § 89 S. 441—444, § 90 S. 452—453, § 93 S. 472, § 34 S. 166—169.

Infolge der für den Frachtführer herabgesetzten Haftung für Verlust und Beschädigung des Gutes (§ 429 Art. 395), dagegen Beibehaltung der alten Haftungsart für Versäumung der Lieferfrist (§ 429 Art. 397) und der unerklärlicherweise — das Binnenschiffahrtgesetz, auf das sich die Denkschrift z. H. G. B. zur Begründung der Herabsetzung der Haftungsart des Frachtführers beruft, und der Seehandel kennen eine derartige Bestimmung nicht — unveränderten Aufrechterhaltung des Art. 396 im § 430 H. G. B. ergibt sich die Eigentümlichkeit für das neue Recht, dass der Frachtführer, wenn er das Gut verspätet abliefert, unter Umständen strenger haftet, als wenn er es gar nicht abliefert, ein Ergebnis, das sicher nicht beabsichtigt war und in keinem der Materialien eine Erklärung findet.

auch die nicht erfolgte Abwehr desselben zur Last falle.[4])

Der zur Begründung der Ersatzpflicht notwendige ursächliche Zusammenhang zwischen der schädigenden Tatsache und dem eingetretenen Schaden ist nicht bloss dann gegeben, wenn letzterer die unmittelbare und notwendige Folge jener Tatsache ist, sondern es genügt die Feststellung, dass der Schaden ohne das fragliche Ereignis nicht eingetreten sein würde, so dass es also gleichgültig ist, ob der eingetretene Erfolg vorausgesehen werden konnte oder nicht. Auch der Schaden muss ersetzt werden, der erst durch weitere, wenn auch unvorhersehbare Tatsachen vermittelt worden ist. Mit Recht bestimmt jedoch das B.G.B. im § 254 in Anlehnung an das römische Recht (l 203 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, l 40 § 1 D de damno inf. 39. 2), dass beim Mitwirken eines Verschuldens des Beschädigten die Verpflichtung zum Schadenersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den konkreten Umständen, insbesondere davon abhängen soll, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist, und dass dies auch dann gelte, wenn sich das Verschulden des Beschädigten lediglich darauf beschränke, dass er oder seine Leute es unterlassen hätten, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens, den dieser weder kannte noch kennen musste, aufmerksam zu machen, oder dass sie es versäumt hätten, den Schaden zu vermindern oder abzuwenden.[5])

Sowohl über die Frage, ob im gegebenen Fall ein

---

[4]) Vgl. Mommsen § 20 S. 235— 236, Baron Pand. § 71 S. 140, Windscheid II. § 265 S. 57, § 455 Anm. 12. S. 643, Stintzing S. 439—440, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 24 S. 58, § 70 S. 150—151, Kleineidam § 15 S. 100.

[5]) Windscheid II. § 258 S. 35—37, Baron Pand § 243 S. 435—436, Denkschrift z. B. G. B. 48, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 27 S. 64—68, § 32 S. 75—76, Cosack B. R. § 91 S. 320, 322.

Verschulden vorliegt, als auch darüber, ob dieses mit dem Schaden in ursächlichem Zusammenhang steht, und wie hoch sich der Schaden und das zu ersetzende Interesse beläuft, entscheidet nach §§ 286, 287 C.P.O. das Gericht unter freiester Beweiswürdigung; es kann sogar, jedoch unter Bestimmung des Höchstbetrages, den die Schätzung nicht übersteigen darf, anordnen, dass der Beweisführer den Schaden oder das Interesse selbst eidlich schätze.[6])

Durch den § 323 B.G.B. ist endlich der vielumstrittene Grundsatz des römischen Rechtes, nach dem beim Kauf, entgegen den sonstigen Vertragsverhältnissen, die Gefahr schon vor der Erfüllung seitens des Verkäufers gleich mit Abschluss des Vertrages auf den Käufer überging (18 pr. D de per. et. c. rei vend. 18, 6, auch noch Art. 345 A.D.H.G.B.), beseitigt worden[7])

[6]) Baron Pand. § 243 S. 436—437, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 26 S. 62—64, § 27 S. 68, § 32 S. 75; etwas anders Cosack B. R. I. § 91 S. 320.

[7]) Ueber den inneren Grund dieser anscheinend ungerechtfertigten Bestimmung des römischen Rechts s. Ihering Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt in s. Jahrb. Bd. 3 1859 S. 462 ff. Die Motive z. B. G. B. sagen Bd. II. S. 324 mit Recht, dass das neue Prinzip gerechtfertigter erscheine, weil es dem Wesen des Kaufkontraktes und der regelmässigen Parteiintention mehr entspreche, zudem auch die rechtsgeschichtliche Entwickelung für sich habe; vgl. auch Denkschrift z. B. G. B. 51—52.

Allein auch im B. G. B. ist gerade mit Rücksicht auf diese Parteiabsicht und die Verkehrsbedürfnisse der neue Grundsatz, selbst beim Kauf nicht streng durchgeführt; denn schon vor der zur Erfüllung nach §§ 433, 446 nötigen Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr in den Fällen der §§ 446 Abs. 2, 447, 2380 auf den Käufer über. Der Dienstvertrag ist gemäss § 614 erst nach Leistung der Dienste erfüllt, und doch hat der Dienstherr unter Umständen, ohne eine entsprechende Gegenleistung erhalten zu haben, die ausbedungene Vergütung zu zahlen, ja überdies auch bis zu einer gewissen Grenze noch die weitere Gefahr einer Erkrankung des zur Dienstleistung Verpflichteten zu tragen (§§ 616, 617 B. G. B., Art. 95 E. G. Z. B. G. B., Art. 14 Pr. A. G. z. B. G. B., Art 60, 523 A. D. H. G. B.; §§ 63, 533, H. G. B.) Vgl. auch die Bestimmungen der §§ 644, 646, 651 B. G. B. bezüglich des Werkvertrages.

Dazu Denkschrift z. B. G. B. S. 64—65, 89, Dernburg B. R. II. 2. Abt. § 174 S. 24—28, Cosack B. R. I. § 122 S. 403—406.

und an dessen Stelle die allgemeine Regel getreten, dass bei allen gegenseitigen Verträgen jeder Kontrahent, also auch der Verkäufer (§ 446), für sich die Gefahr bis zur Erfüllung seiner Leistung zu tragen hat.

VI.

Nirgends in der modernen Gesetzgebung findet sich auch nur der Versuch einer Definition des Begriffes der höheren Gewalt. Aber schon die Fassung der Artt. 395, 607 A.D.H.G.B., das denselben zuerst in das Reichsrecht eingeführt hat, — seine Erläuterung des Ausdrucks höhere Gewalt durch die Bezeichnung vis maior — lässt keinen Zweifel, dass es den römisch- rechtlichen Begriff aus dem receptum nautarum cauponum stabulariorum aufnehmen wollte. Das ergibt sich auch aus der ganzen Entstehungsgeschichte des genannten Gesetzbuchs und der späteren Gesetze, die den Begriff ihrerseits wieder aus dem A.D.H.G.B. übernommen haben. Die Motive zum revidirten preussischen Entwurf, der den Beratungen der Nürnberger Commission zu Grunde gelegen hat, sagten ausdrücklich, dass derselbe die Grundsätze der gemeinrechtlichen actio de recepto aufgenommen habe, wenn dies auch im Entwurf selbst infolge „Unachtsamkeit der Redaktion"[1]) tatsächlich nicht zum Ausdruck gekommen war. Die Kommission erklärte es jedoch in ihren Beratungen zu Nürnberg und Hamburg trotz wiederholt aufgetretenen Widerspruchs der Minderheit für selbstverständlich, dass Frachtführer und Verfrachter „ex recepto für den Zufall, Fälle der höheren Gewalt ausgenommen," haften sollten, und nahm den Ausdruck höhere Gewalt, dem sie in Parenthese erklärend die Wor-

[1]) Goldschmidt das receptum nautarum cauponum stabulariorum in s. Vermischten Schriften Bd. 2 1901 Anhang S. 500.

te vis maior beifügte, als technischen auf.

Die Motive zum § 1 R.H. Pfl. G. bemerken, dass die Worte „unabwendbarer äusserer Zufall" des Pr.G. v. 3. 11. 38 im Anschluss an das A. D. H. G. B. mit dem Ausdruck „höhere Gewalt," der dasselbe bedeute,[2]) der Uebereinstimmung in den verschiedenen Reichsgesetzen halber vertauscht worden seien, und die Motive z.B.G.B. (I S. 317-318) wie auch die Denkschrift (S. 91) verweisen bezüglich des Begriffes auf das bisherige Recht, Wissenschaft und Praxis.[3])

[2]) In Wirklichkeit ist dies jedoch nicht der Fall s. § X Anm. 7.

[3]) S. die Materialien z. A. D H. G. B. in Auszügen bei Goldschmidt Anhang S. 499—501, Exner der Begriff der höheren Gewalt (vis maior-) im römischen und heutigen Verkehrsrecht 1883 S. 36—37, Gerth. S. 161—166; vgl. auch Allgemeine Motive zum R. H. Pfl. G. bei Eger S. XVI.

Derselben Ansicht, dass der römische Begriff massgebend sein müsse, die allgemeine Meinung: vgl. Goldschmidt § 12 S. 640, Gareis vis maior in Holtzendorff's Rechtslexikon 3. Aufl. 1880 Bd. 3 S.1 149 bis 1151, Exner S. 3 Anm. 1, S. 6—7, 36—37, Dernburg Begriff der höheren Gewalt in Grünhut's Zeitschrift Bd. 11 1884 S. 337 Anm 3, Häbler. Die Haftpflicht ex recepto nach Königlich Sächsischem und Reichsrecht 1884 S. 44, Hafner Ueber den Begriff der vis maior im Deutschen Transportrecht 1886 S. 4—6, Baron Arch. S. 290, Pand, § 238 S. 424—425, Windscheid II. § 384 S. 401, Rümelin Zufall S. 26, Schneider S. 380—381, Fischer S. 7, Fuchsberger Sämtliche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts **3.** Auflage 1900 § 456 S. 1202, Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 112, E. V. O. § 75 S. 478, Dambach § 11 S. 124, Oertmann Vorbemerkung z. 13. Titel 2. Buchs S. 434, Volkmar S. 53, 79, Knauer. Die höhere Gewalt im Reichsrecht 1901 § 1 S. 4—5, Michelsohn S. 7—10, auch Entsch. des R. G. v. 23. 3. 88 in Bd. 21 S. 13—21 und v. 15. 1. 81 (bei Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 114 bezw. 111), Cosack H. R. § 90 S. 450, § 103 S. 521, der jedoch die Haftung bis zur vis maior auch von altdeutschrechtlichen Grundsätzen herleiten will, s. insbes. sein B. R. I. § 72 S. 246—247 und bei Gerber § 201 S. 340—341.

Anderer Ansicht Thöl das Handelsrecht 1880 Bd. III. § 27 Anm. 2. S. 39, Unger Jahrb. Bd. 30 Anm. 150 S. 417—419 Gelpcke S. 356 375, 380, letztere beiden jedoch nur bezüglich des R. H. Pfl. G., ferner Weinand die höhere Gewalt im neueren Reichsrecht 1897, der S. 5—8 den Begriff des modernen Rechts und den des römischen nicht als einen einheitlichen ansieht, aber auch zugibt, das die Reichsgesetzgebung den römischen Begriff habe aufnehmen wollen; jedoch könne dieser wegen der ganz verschiedenenartigen dem Geltungsgebiet der vis maior einst und jetzt zu Grunde liegenden Verhältnisse nicht massgebend sein.

Was versteht aber das römische Recht unter „vis maior," vorausgesetzt, dass es diesen Rechtsbegriff überhaupt kennt? Es gibt nämlich eine Anzahl Schriftsteller,[4]) die, wenigstens für das römische Recht, die höhere Gewalt dem casus völlig gleichstellen, ihr also jede Besonderheit absprechen.

Wir haben aber (§1) gesehen, dass casus die Negation der Verschuldung ist, also dort anfängt, wo jegliches Verschulden im Sinne des Gesetzes auf Seiten des sonst Haftpflichtigen aufhört. Dass die vis maior jedoch enger zu bestimmen ist, ergibt sich deutlich aus dem Titel: Nautae caupones stabularii ut recepta restituant (D 4,9). Dort sagt nämlich Ulpian im 14. Buch ad edictum: l 1 pr. Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituant, in eos iudicium dabo. Und l 3 § 1: Ex hoc Edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces intervenerit et locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur; sed si gratis res susceptae sint ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igi-

---

[4]) So neuerdings besonders Gerth insbes. im § 7 S. 99—104; bezüglich des Reichsrechts sagt auch er, dass dasselbe einen Unterschied machen wolle, wenn sich auch für dieses, da „der Begriff haltlos sei," praktisch keiner finden lasse. Auch gibt er zu, dass die Absicht der modernen Gesetzgeber die war, die vis maior aus der Lehre vom receptum einzuführen, so dass also der römische Begriff, wenn es einen solchen gäbe, auch für das Reichsrecht massgebend sein müsste. (§ 1 S. 6—7, § 11 S. 159—186, und S. 210—211). Vgl. ähnlich auch Schey S. 42, 44—45.

Auch die Motive z. Ent. eines A. H. G. B. für Deutschland von 1849 bezeichnen als „Zufall oder höhere Gewalt" noch „jedes Ernis, das durch Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht abgewandt werden konnte" (s. bei Goldschmidt Anhang S. 489) und Arndts § 289 S. 581 versteht unter vis maior„ fremde Gewalttat und reinen Zufall."

tur cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte inquit ideo . . . . . quia in locato conducto culpa in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc Edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contingit.

Hier ist ausdrücklich gesagt, dass der Prätor, trotzdem in den betreffenden Fällen auch die Anstellung rein zivilrechtlicher Klagen möglich war, sich veranlasst gesehen habe, eine besondere actio einzuführen, weil eben jene Kagen nur bei einem Verschulden des etwa Haftpflichtigen Platz greifen konnten, derselbe hier aber auch dann verantwortlich gemacht werden sollte, wenn ein solches Verschulden seinerseits überhaupt nicht vorlag, es sein denn, dass der Schaden durch „vis maior" hervorgerufen, ein „damnum fatale" wäre.[5])

Es kann also keinem Zweifel unterliegen, dass die Haftung bis zur vis maior weiter geht als die bis zum ca-

[5]) Gerth sucht § 7 S. 102—103 diese Stelle dahin zu erklären, dass das „etiamsi sine culpa teneri" lediglich das in l 1 § 8 eod. vorgeschriebene „Factum praestare non solum nautarum sed et vectorum" umfasse und durch den Zusatz „nisi si quid damno fatali contingit" näher dahin erklärt werde, dass es sich nicht um eine Verantwortlichkeit für alle facta der Dienstleute und Passagiere, sondern nur um ein Einstehen für die von diesen verschuldeten facta handeln, so das also vis maior den Zufall bezeichne, der nicht bloss dem Schiffer, sondern dem ganzen Kreis der zum Gewerbebetrieb gehörigen Personen, also auch den Dienstleuten und Passagieren gegenüber ein solcher sei, — eine Erklärung, die sicher dem klaren unzweideutigen Wortlaut der l. 3 § 1 nicht entspricht. Vgl. dagegen besonders Biermann Custodia und vis maior. in d. Zeitschr. der Savignystiftung Bd. 12 1891 S. 61—65 und Unger Jahrb, Bd. 30 Anm. 150 S. 419, der jene Auslegung „hyperkritisch" nennt.

sus, d.h. für Verschulden, und dass demnach die „höhere Gewalt" auch für das römische Recht begrifflich enger als der „Zufall" zu fassen ist. „Θεοῦ βία" hiess die vis maior bei den Griechen, sagt Gajus in l 25 § 6 D loc. cond. 19,2 und stellt sie damit als einen bereits festgegebenen technischen von der τύχη verschiedenen Begriff hin.

Allerdings setzen eine Anzahl von Quellenstellen die vis maior als Haftungsausschliessungsgrund unmittelbar der culpa gegenüber, also anscheinend dem casus gleich, so z.B. l 5 § 2 D commod. v.c. 13,6, l 30 D de pign. act. v.c. 13,7, l 25 §§ 3-6, l 36 D loc. cond. 19, 2, l 1 § 4 D de obl. et act. 44,7, l 6 § 1017 pr. D de edendo 2, 13, § 2 J quib. mod. re contrah. obl. 3, 14, und hieraus insbesondere mag der Irrtum der Verteidiger der Theorie, dass vis maior gleich casus sei, entstanden sein. Wie wir aber unten (§ VIII) noch näher sehen werden, kann auch dies der Ansicht, dass vis maior mit casus nicht identisch ist, keinen Abbruch tun.

VII.

Als Beispiele („utputa, veluti": l 1 § 4 D de obl. et act. 44,7, l 15 § 2 D loc. cond. 19, 2, l 18 pr. D commod. v.c. 13,6, § 2 J quib. mod. re contrah. obl. 3,14) von „damnum fatale" oder „vis maior" — jenes hebt die Wirkung, diese die Ursache hervor (l 3 § 1 D n.c. st. ut rec- rest. 4,9) — „quam Graeci Θεοῦ βίαν [vim divinam] appellant" (l 25 § 6 D 19, 2, auch l 24 § 4 D de damno inf. 39,2), oder auch „maior casus" genannt (l 7 pr. D de edendo 2,13, l 1 § 4 D 44,7, § 2 J 3, 14), führen die Quellen im Einzelnen an: inundatio aquae, aquarum magnitudines (§ 3 J 3,23, l 23 D 50,17), vis fluminum,

vis maris (§ 3 J 3, 23, l 15 § 2 D 19, 2, l 24 §§ 3, 4 D 39, 2), vis tempestatis (l 15 § 2 D 19, 2, l 24 § 4 D 39, 2), violentia ventorum, turbo (l 24 § 4 eod., § 3 J 3, 23), terrae motus (l 15 § 2 D 19, 2, l 24 §§ 3, 4 D 39, 2), solis fervor non assuetus (l 15 § 2 D 19, 2), mortes hominum, servorum, animalium (§ 3 J 3, 23, l 18 pr. D 13, 6, l 23 D 50, 17), quod morbo, quod senectute contigit (l 5 § 4 D 13,6), ruina labes (§ 2 J 3, 14, l 22 D 3, 5, l 5 § 4 D 13, 6, l 24 § 4 D 39, 2, l 1 § 4 D 44, 7, l 15 § 2 D 19, 2), naufragium (l 3 § 1 D 4, 9, l 18 pr. D 13, 6, l 1 § 4 D 44, 7, § 2 J 3, 14), incendium, ignis (§ 2 J eod., § 3 J 3, 23, l 22 D 3, 5, l 5 § 4 l 18 pr. D 13, 6, l 52 § 3 D 17, 2, l 24 § 4 D 39, 2, l 1 § 4 D 44, 7, l 23 D 50, 17, l 17 § 4 D 19, 5), vis aggressus latronum, latronum hostiumve incursus, latrocinium (l 5§ 4 l 18 pr. D 13, 6, l 15 § 2 D 19, 2, l 6 C 4, 24, § 2 J 3, 14, l 52 § 3 D 17, 2), impetus praedonum (l 23 D 50, 17), vis insidiae piratarum (l 3 § 1 D 4, 9, l 18 pr. D 13, 6), rapinae (l 23 D 50, 17), tumultus (l 23 eod.), „aut si quid simile accidit" (l 5 § 4 D 13, 6, l 15 § 2 D 19, 2), und bezeichnen die vis maior überhaupt als eine vis „cui resisti non potest" (l 15 § 2 D 19, 2, auch l 18 pr. D 13, 6, l 28 C 4, 65) oder „cui humana infirmitas resistere non potest" (l 1 § 4 D 44, 7).

Wie aus diesen Stellen ersichtlich, verstehen sie unter höherer Gewalt in erster Linie in Uebereinstimmung mit Plinius[1]) grössere, überwältigende Naturereignisse,

[1]) C. Plinii Secundi Naturalis historiae lib. XIII. cap. 69: Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus: unum quod tempestates vocamus, in quibus grandines procellae ceteraque similia intelleguntur, quae cum acciderint, vis maior appelhaecur; haec ab horridis sideribus exeunt, ut saepius diximus, veluti arctnro, Orione, haedis. Alia sunt illa, quae silente caelo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente nisi cum facta sunt; publica haec et magnae differentiae a prioribus, aliis robiginem aliis uredinem aliis carbunculum appellantibus omnibus vero sterilitatem.

dann aber auch, über den genannten Schriftsteller hinausgehend, sonstige aussergewöhnliche Zufälle, denen sie weiterhin unter Umständen (s. § XI im Anfang) die vis graculorum sturnorum et si quid simile accidit und die uredo (l 15 § 2 D loc. cond. 19, 2) zuzählen, ohne dass man sagen könnte, dass diese ohne weiteres sich als grosse überwältigende oder aussergewöhnliche Ereignisse darstellen müssten. Nicht aussergewöhnlich, sondern etwas Alltägliches sind auch Krankheit, Alter und Tod, so dass also die „Aussergewöhnlichkeit" des Ereignisses sicher nicht ein notwendiges Merkmal der vis maior bildet.[2])

Aber auch das von den Quellen geforderte Merkmal, dass die vis eine solche sein müsse, dass ihr resisti oder humana infirmitas resistere non possit, gibt nicht ohne weiteres einen allgemeinen Massstab. Denn was ist überhaupt absolut unüberwindlich? Doch schliesslich nur die Vergänglichkeit aller Materie, während man sich Anlagen und Vorrichtungen denken kann, denen gegenüber die bei weitem grösste Mehrzahl von Naturereignissen oder sonstigen Zufällen machtlos sein würde. Latrones, hostes, praedones, piratae lassen sich mit entsprechender Waffengewalt bekämpfen, Tumulte niederschlagen, die vis fluminum, aquarum und maris durch Dämme unschädlich machen. Dass die Quellen selbst aber auch eine absolute Unüberwindlichkeit nicht verlangen, sondern an das „resistere non posse" viel geringere Ansprüche stellen, geht schon daraus hervor, dass sie zu den casus, quibus resisti non potest, unter Umständen sogar die „fugae servorum" rechnen, nämlich dann, wenn die servi

[2]) Diese Eigenschaft verlangen insbesondere Exner S. 71—78 und an ihn anschliessend Hölder Ueber vis maior in d. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 26 1884 S. 535 und Hafner S. 22—24; s. dagegen besonders Baron Arch. S. 289—290, Schneider S. 361—363, Fischer S. 10 Anm. 11 und S. 15—16.

„custodiri non solent" (l 18 pr. D commod. v.c. 13, 6, auch l 23 D de div. reg. iur. ant. 50,17), und in diesem Fall kann man sicher doch nicht behaupten, dass ein Widerstand völlig aussichtslos wäre (vgl. l 5 § 13 D commod. v.c. 13, 6, § 3 J de emt. et vend. 3, 23).

Also aus der Fassung: vis cui resisti non potest allein lässt sich auf das Mass des erforderlichen Widerstandes nicht schliessen. Nur das lässt sich sagen, dass dieses Mass und damit der Begriff der höheren Gewalt unter allen Umständen objektiv bestimmt werden, d.h. dass bei der Definirung desselben entsprechend der Forderung der Quellen:

omnimodo tenentur, etiamsi sine culpa res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit, die Schuldfrage ganz ausser Betracht bleiben, also von der Anwendung irgend welcher Diligenzmassstäbe, wie sie das Zivilrecht kennt, völlig abgesehen werden muss.[3]) Mit Rücksicht darauf dürfte in den Quellen auch die unpersönliche Fassung: vis cui resisti oder humana infirmitas resistere non potest gewählt sein, wenn

[3]) Ebenso Glück Ausführliche Erläuterungen zu den Pandekten Teil VI. 1800 §§ 486, 487 S. 109, § 490 S. 118—119. Weis Bemerkungen zu dem receptum der Wirte, im Arch. f. pract. Rechtswissenschaft N. F. Bd. 5 1868 S. 359—360, 367—368, Pernice II. S. 348, Brinz II. § 269 S. 272—273, Exner S. 31—37, 56, Hafner S. 4, 10 Th. Engelmann S. 145—149, Bruckner § 33 S. 270—276, Windscheid II. § 384 Anm. 6 S. 399, Baron Arch. S. 294, Hollander vis maior als Schranke der Haftung nach römischem Recht 1892 § 1 S. 7—8, Biermann S. 62—65, Schneider S. 364—369, Fischer S. 62—63 94, Fuchsberger § 456 S. 1202—1203, Oertmann § 701 S. 438, Volkmar S. 29, Knauer § 1 S. 1—2; auf dem gleichen Standpunkt stand auch die Kommission zur Beratung, des A. D. H. G. B. (s. § VI); Gelpcke sagt S. 356, dass wir „bei Anwendung des Ausdrucks höhere Gewalt das — allerdings nach ihm „unklare« — Gefühl haben, dass damit eine objektive Eigenschaft der Ereignisse mit hinreichender Deutlichkeit bezeichnet werde." — Anders die Vertreter der subjektiven Theorie (s. § XII); Weinand behauptet sogar S 13. dass der moderne Gesetzgeber einen Standpunkt eingenommen habe, der die objektive Theorie von vornherein ausschliesse ohne diese Behauptung irgendwie zu beweisen; vgl. für das grade Gegenteil § XII. Anm. 13 a. E.

auch nicht verhehlt werden kann, dass bezüglich der fugae servorum, quibus resisti non potest (l 18 pr. D commod. v.c. 13, 6) allein die Frage nach dem Nichtvorhandensein einer Schuld die Widerstandsunmöglichkeit bestimmt: „quod si fugerit homo, qui veniit . . . ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat . . . securus est" (§ 3 J de emt. et vend. 3, 23), „si servus fugerit . . . . non teneri (Cartilius) ait, nisi fugae praestitit culpam" (l 5 § 13 D commod v.c. 13, 6,). Doch handelt es sich hier um Ausnahmefälle, da ausdrücklich vorausgesetzt ist, dass die servi „custadiri non solent," der Verkäufer also nicht, wie gerade in den Fällen der Haftung bis zur höheren Gewalt „custodiae nomine tenetur" (l 5 pr. D n.c. st. ut rec. rest. 4, 9 s.§ VIII): „Sane enim si susceperit (custodiam hominis), ad ipsius periculum is casus (fugae) pertinet," sagt auch § 3 J 3, 23.

Eine objective, von der Schuldfrage völlig losgelöste Begriffsbestimmung ist aber eben nur dann möglich, wenn das schadenbringende Ereignis als solches, die vis maior aus sich heraus, so wie sie sich bei ihrem einmal geschehenen Eintritt darstellt, ohne Rücksicht darauf, ob man sich überhaupt gegen sie hätte schützen oder gar vor ihr hätte hüten können, und nicht der Unfall, das damnum fatale, sondern die vis, wie dies nach ihren Beispielen auch die Quellen tun, zum Gegenstand der Definition gemacht und erklärt wird. Denn wollte man dabei auf die verschiedenartigen Schutz- und Vorsichtsmassregeln, die im einzelnen Fall hätten getroffen werden können und zu denen jemand unter Umständen sogar besonders verpflichtet gewesen sein kann, zurückgehen, so würde man damit von selbst immer wieder auf die Frage, welche Diligenz im gegebenen Fall hätte angewendet werden müssen, zurückkommen, und dies würde

zur Folge haben, dass für dieselbe Person dasselbe Ereignis mit Bezug auf denselben Betrieb bald als höhere Gewalt, bald als blosser casus angesehen werden müsste,[4]) während die Quellen ausdrücklich eine objektive Bestimmung verlangen und damit anerkennen, dass das, was einmal an sich, seinem Wesen nach als höhere Gewalt erkannt ist, auch höhere Gewalt bleibt, selbst wenn im konkreten Fall von einer Haftungsfreiheit infolge konkurrirender culpa des sonst Haftfreien keine Rede sein kann; denn „et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur" (l 1 § 4 D de obl. et act. 44, 7, § 2 J quib. mod. re contrah. obl. 3, 14), aber nicht, weil das schadenbringende Ereignis keine vis maior gewesen wäre, sondern weil er die Einwirkung derselben auf den betroffenen Gegenstand bei genügender Sorgfalt hätte vermeiden können: „quia debuit ab hac re cavere" (l 13 § 6 D loc. cond. 19, 2).

Ein Erdbeben bleibt immer höhere Gewalt, selbst wenn man ihm, durch Vorboten gemahnt, hätte entgehen können, ebenso der Blitz, auch wenn dessen Folgen abwendbar waren. Die Frage nach der Abwendbarkeit hat mit dem Begriff der höheren Gewalt an sich nichts zu tun, kommt vielmehr nur insoweit in Betracht, als sie den Anhalt dafür zu geben hat, ob ein Unfall auch wirklich

[4]) Ausgesprochen ist dies der Fall z. B. bei Thöl III. § 27 Anm. 5 S. 50, Goldschmidt S. 448—449, Gareis vis maior S. 1149—1151 Th. Engelmann S. 160—161, Bruckner § 32 S. 255—261. § 33 S. 274—285, insbes. S. 284 Anm. 1, Stintzing S. 463, Stucki S. 27, Weinand S. 12, Dernburg B. R. II. 1. Abt. § 69 S. 149, Lehmann-Ring. Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich 1901 Bd. II. § 456 S. 378—379, Knauer § 42 S. 117—132, Michelsohn S. 27, Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 111 — 130, E. V. O. § 75 S. 479, 487 —489 und durchgängig bei der von ihm dort aufgeführten Judikatur, ferner bei Dambach § 11 S. 125—126 S. dazu die Konsequenzen Gerth's § 9 S. 152, der gerade dieses Ergebniss zu dem die Genannten kommen zur Begründung der Richtigkeit seiner Behauptung, dass zwischen vis maior und casus kein Unterschied bestehe, verwerten will.

durch höhere Gewalt allein oder infolge eines Mitverschuldens des zunächst Betroffenen verursacht ist. „Verursacht" durch höhere Gewalt (§ 1 R.H.Pfl. G.) ist eben ein Unfall nur dann, wenn erstens feststeht, dass das schädigende Ereignis objektiv eine vis maior war, und zweitens, dass dieses Ereignis auch durch eine nach Art des Gewerbebetriebes sich bestimmende besondere berufliche Sorgfalt im konkreten Fall weder selbst noch in seinen Folgen abzuwenden, vermeidlich war. Beides muss zur Befreiung von der Haftung vorliegen, beides ist aber wohl zu trennen und jedes für sich zu untersuchen.[5])

Nur objektiv bestimmt kann dem Gesagten zufolge der Begriff überhaupt praktische Bedeutung haben; den Weg zur Durchführung dieser objektiven Bestimmung zeigen uns ebenfalls die Quellen. In l 1 § 1 D n. c. st. ut rec. restit. 4, 9 führt nämlich Ulpian aus:

> Maxima utilitas est huius Edicti, quia necesse est, plerumque fidem eorum (nautarum etc.) sequi et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.

Nach dem Wortlaut des Edikts (l 1 pr. eod.) hafteten der nauta, caupo, stabularius ursprünglich unbedingt auf unversehrte Rückgabe der ihnen anvertrauten Sachen, gleichviel in welcher Weise dieselben abhanden gekommen oder beschädigt worden waren. Der Grund hierfür lag in dem Umstand, dass die genannten Gewerbetreibenden anfänglich, als der Rechtsverkehr noch beschränkt und an strenge Formen gebunden war, ein ausdrückliches Grantieversprechen (salvum fore recipere = s.f. promittere) bei Uebernahme von Sachen abgaben. Dies fiel später weg, und die Haftung wurde zu einer gesetz-

[5]) Vgl. ebenso insbes. Weis S. 369—370, Exner S. 73—84, Pernice II. S. 374, Hafner S. 67—68, Hölder S. 533, auch Baron Arch. S. 293, Schneider S. 97, 342 353—355, 364—370.

lichen. Im Laufe der Zeit milderte dann die interpretatio gemäss l 3 § 1 eod. die Verpflichtung aus dem receptum dahin, dass, wenn der Schaden nachweislich durch höhere Gewalt hervorgerufen war, die Rezipienten befreit sein, für gewöhnliche Zufälle dagegen auch fernerhin haften sollten.[6])

Aber auch für diese immerhin noch ungewöhnliche Haftung blieb als Motiv das besondere Vertrauensverhältnis, das zwischen den Rezipienten und Recepti notwendigerweise herrscht, massgebend. Die recepti, führt Ulpian aus, müssten sich vollständig auf die Rezipienten verlassen, ihre Sachen, ohne selbst auf diese weiterhin einen Einfluss ausüben zu können, deren „custodia" anvertrauen; deshalb sei es denn auch recht und billig, dass die Rezipienten, wenn sie einmal, was sie ja nicht brauchten, Sachen zur Beförderung oder Bewahrung annähmen, dieses auch auf ihre Gefahr täten, d.h. stillschweigend die Haftung für jene custodia mit übernähmen.[7]) Dementsprechend zieht dann Ulpian im folgenden den Schluss: l 1 § 8 eod: Et puto omnium eos recipere custodiam, quae

---

[6]) Vgl. dazu Glück §§ 486, 487 S. 112, Goldschmidt § 4 S. 420, § 7 S. 434—440, § 9 S. 447, Pernice II. S. 437 - 438, 374—375, Brinz II. § 269 Anm. 42 S. 276, Exner S. 32—34, Hafner S. 11—12, Th. Engelmann S: 144—145, Bruckner § 19 S. 163—184, Gerth § 17 S. 79—81, Windscheid II. § 384 Anm. 4 u. 6 S. 398—399, Biermann S. 45, Ude- Das receptum nautarum ein pactum praetorium, in d. Zeitschr. der Savignystiftung Bd 12 1891 S. 70—71, Hollander § 5 S. 23—27, Gelpcke S. 368—369, Schey S. 57, Dernburg Pandekten 6. Aufl. 1900 Bd. II. § 39 S. 108, der jedoch ein ursprünglich ausdrückliches Garantieversprechen nicht annimmt (§ 39 Anm. 3). — Auch bei der 3. Lesung des Entwurfs eines A. D. H. G. B. wurde in der Kommission ausgeführt, „dass man davon ausgehen müsse, dass der Frachtführer das Gut mit der Zusage übernehme, er werde dasselbe in unversehrtem Zustande zurückliefern (rem salvam fore)," (s. die Auszüge bei Gerth § 11 S, 164), und der code de commeree sagt im Art. 103 noch ausdrücklich: Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors le cas de la force majeure.

[7]) Vgl. die Bestimmung des Art. 1782 code civil: Les voituriers . sont ussujettis pour la garde . . . des choses, qui leur sont confiées.

in navem illatae sunt, und deshalb sagt Gajus 15 pr. eod: Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiumt non pro custodia, sed nauta ut traiiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari; et tamen custodiae nomine tenentur.

Als trotzdem sie nicht dafür bezahlt werden, haften sie doch für custodia, gleich als wenn sie diese Verpflichtung besonders übernommen hätten, d.h. sie haben für alles einzustehen, was sich durch custodia ihrerseits hätte unschädlich machen lassen, und darin liegt das Wesen der Haftung bis zur höheren Gewalt (13 § 1 eod.).

Dasselbe ergibt sich auch aus einer Vergleichung der von dem horrearius, dem einzigen Gewerbetreibenden, der noch bis zur vis maior haftete, handelnden Quellenstellen. Jmp. Antoninus bestimmt 11 C de loc. et cond. 4, 65: :.

Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur,

und Paulus fügt dem nach Tit. X Cap. IX Mos. et Rom. leg. coll. hinzu: satis praepositam constitutionem declarare his qui horrea locant maiorem vim imputari non posse.

Demgegenüber sagt Labeo in l 60 § 9 D loc. cond. 19,2: Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit.

Hiernach hat also der horrearius den einzelnen conductores bis zur höheren Gewalt, einem anderen horrearius, dem er ganze horrea vermietet, nur ex locato zu haften, und jene Haftung bis zur vis maior wird auch hier praestatio custodiae genannt.

Diese Verpflichtung zur custodia, die über die ex lo-

cato conducto hinausgeht (l 3 § 1 D n. c. st. ut rec. rest. 4,9, l 60 § 9 D loc. cond. 19,2), also schon ausserhalb des Verschuldens liegt — „etiamsi sine culpa res periit vel damnum datum est. . . . . tamen custodiae nomine tenentur" (l 3 § 1 i.V. mit l 5 pr. D 4,9) — hat demnach den Masstab für das, was vis maior ist, abzugeben, d.h. die höhere Gewalt fängt dort an, wo auch eine tatsächlich ausgeübte custodia machtlos sein würde.[8])

VIII.

Aber haben denn nicht auch andere Schuldner, die aus einer Obligation besonders grosse Vorteile ziehen, so namentlich der Commodatar, für costodia einzustehen? Allerdings sagen die Quellen, dass derselbe „custodia, exacta exactissima diligentia custodiae" zu prästiren habe (l 5 § 5 D commod. v.c. 13, 6, l 1 § 3 D de obl. et act. 44, 7, § 2 J quib. mod. re contr. obl. 3,14), aber diese Haftung geht, wie die beiden letzten Stellen ausdrücklich bekunden, dahin, dass er nur die custodia, die schon in der diligentia boni patrisfamilias enthalten ist, zu vertreten hat, da die Berufung darauf, „tantam di-

[8]) Derselben Ansicht Goldschmidt § 6 S. 430—433, § 8 S. 446—447, Pernice II. S. 346—349, der jedoch umgekehrt die custodia aus der vis maior heraus erklären will, Brinz II. § 268 S. 261, § 269 Anm. 40 S. 275—276, Bruckner § 19 S. 178—184, § 33 S. 286—296, Windscheid II § 384 Anm. 6 S. 399—400, Biermann S. 57—65, Baron Arch. S. 204—206, 225—226, 237, Pand. § 237 S. 421—422, Hollander §§ 2—4 S. 15—22, § 8 S. 55—57, für das römische Recht auch Fuchsberger § 456 S. 1203 und Entsch. d. R. G. z. B. v. 5. 1. 87 in Bd. 19 S. 40—41; s. auch Gareis vis maior S. 1149—1151, Hafner S. 14—17, Rümelin Zufall S. 40—41, Gelpcke S. 369—370, Volkmar S. 10—12, 73; selbst Gerth gibt § 5 S. 42 zu, „dass die Annahme einer gesteigerten Custodiahaftung den Begriff der vis maior wesentlich beeinflussen würde," hält aber § 7 S. 98 eine objektive Bestimmung des Inhaltes eines Custodiaversprechens für unmöglich; s. dagegen die Ausführungen im § IX.

ligentiam adhibuisse,quantam in suis rebus adhibere solitus est," nicht genügen soll.Er haftet deshalb z.B. nicht für fugae servorum (l 5 § 13 l 18 pr. D commod. v.c. 13,6, l 23 D de div. reg. iur. ant. 50,17) und nicht für damnum iniuria datum (l 19 D 13,6), trotzdem er bei wirklicher Custodiahaftung dafür aufkommen müsste (§ 3 J de emt. et vend. 3,23, l l 40,41 D loc. cond. 19,2); er haftet, kurz gesagt, überhaupt nur für culpa (mangelnde diligentia: l 5 § 2 i.f. D commod. v.c. 13,6, l 23 D de div. reg. iur. ant. 50,17 Mos. et Rom. leg coll. Tit. X C. II. § 1).

Dasselbe gilt vom Verkäufer, der dieselbe custodia wie der Commodatar zu vertreten hat:

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet (l 3 l 2 § 1 D de per. et c.r.v. 18,6) und ebenfalls beim Nachweis der diligentia boni patris familias befreit ist,(l 11 eod., l 35 § 4 D de contrah. emt. 18,1, l 5 § 2 D commod. v.c. 13,6, l 23 D de div. reg. iur. ant. 50,17, § 3 J de emt. et vend. 3,23). Ebenso steht es mit dem conductor und locator; Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistunt (pr. J de loc. et cond. 3,24, l 3 § 1 D n.c.st. ut rec. rest. 4,9, l 5 § 2 D commod. v.c. 13,6, l 36 i.f. l 60 § 9 D loc. cond. 19,2, l 23 D de div. reg. iur. ant. 50,17),[1]) dem pignoris creditor und wo sonst „utriusque contrahentis utilitas intervenit" (Mos. et Rom. leg. coll. Tit. X. Cap.

[1]) Dagegen spricht auch nicht l 13 § 7 D loc cond. 19,2, da hier eine Verantwortlichkeit nur dann angenommen wird, wenn der conductor schuldhafter Weise, infolge seines vielleicht ganz unbegründeten Verlassens des Hauses (vgl. l 3 § 6 D de vi et de vi arm. 43,16), jeden Widerstand unterlässt. Dies geht schon daraus hervor, dass nicht von hostes, sondern von einem exercitus, also offenbar einheimischen regulären Truppen die Rede ist, die wohl „praeterientes per lasciviam aliquid abstulerunt" (l 15 § 2 D 19,2)

II §§ 1,2, l 5 § 2 D commod. v.c. 13,6, l 23 D de div. reg. iur. ant. 50, 17, l 13 § 1 l 14 D de pign. act. 13, 7, l 6 C de pign. act. 4,24, vgl. auch l 4 C de per. tut. 5,38), Rechtsverhältnisse, die also noch nicht einmal, wie das Commodat, „plerumque solam utilitatem continent alterius contrahentis" (vgl. l 5 § 2 i.f. D 13, 6).

In allen diesen Fällen deckt sich also die von den Quellen auch sogenannte custodia mit der diligentia boni patrisfamilias oder geht, richtiger ausgedrückt, als eine besondere Richtung derselben in ihr auf, während für spezifische, technische custodia nur der nauta, caupo, stabularius (l 1 § 1 § 8 l 5 pr. D n.c.st. ut rec. rest. 4,9) sowie der horrearius (l 1 C de loc. et cond. 4,65 Mos. et Rom. leg. coll. Tit. X Cap. IX i.V. mit l 60 § 9 D loc.cond. 19,2) und wer sie, wenn auch nur stillschweigend (vgl. § II. Anm. 3), besonders übernimmt, haften.[2])

Dass sonst die custodia nichts anderes ist als eine sich schon aus der diligentia boni patris familias ergebende

[2]) § 3 J de emt. et vend. 3,23, l 1 § 35 D dep. v. c. 16,3, l 35 § 4 D de contrah. emt. 18,1 ll 40,41 D loc. cond. 19,2, auch l 17 § 5 D de praeser verb. 19,5, l 5 § 6 D commod. v, c. 13,6; auch der Fall der l 31 pr. D de act. emti et vend. 19,1 beruht auf einer besonderen Custodiaübernahme (s. unten Anm. 6)

Ebenso Hasse § 76 S. 281—286, §§ 25, 26 S. 90—104, Mommsen § 21 Anm. 5 S. 238, § 24 S. 275, Vangerow Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl. 1863 Bd. 1 § 105 S. 160—161, Puchta § 266 S. 404—406, Pernice II. S. 339, 345—360, 375; nach ihm war die Haftung für jede custodia ursprünglich unabhängig von der Diligenzhaftung und ging über diese hinaus, wurde jedoch allmählich infolge Durchdringens des Diligenzbegriffes beseitigt und ging, abgesehen von den Fällen des receptum, horrearius und besonderer Uebernahme in diesem auf; ferner Wächter I §§ 87, 88 S. 446—461, Th. Engelmann S. 68—119, der den Begriff der technischen custodia überhaupt verwirft. und nur für das receptum, nicht den horrearius, eine erweiterte, auch custodiae praestatio genannte Haftung annimmt (S. 119, 165—169); weiter Gerth § 5 S. 40—58, der jedoch auch die Haftung aus dem receptum Culpahaftung sein lässt, Biermann S. 39—65, der die historische Erklärung von Pernice vertritt, Ude S. 73—74, der indes auch für den horrearius nur eine Culpahaftung annimmt, Hollander §§ 6, 7 S. 30—54, § 9 S. 61, der sich ebenfalls der historischen Erklärung

Verpflichtung zeigen auch unwiderlegbar klär § 3 J quib. mod. re contr. obl. 3,14, der besagt:

Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi; qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae et negligentiae, non tenetur: itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit . . . . und § 17 J de obl. quae ex del. nasc. 4,1(Gaii Inst. III. § 207):

anschliesst, Rümelin Schadenszurechnung S. 16 Anm. 35, Schneider S. 357 Anm. 66, S. 370—377, der eine über die diligentia hinausgehende technische custodia nur bei vertragsmässiger Uebernahme anerkennt, die vis maior aber noch enger fasst, Fischer S. 18—21, 44—61, Dernburg Pand. II § 37 S. 103—104, Volkmar S. 10—13, der auch die historische Erklärung vertritt, Stintzing S. 431—437, der überhaupt die Haftung für custodia nicht als eine von der für diligentia verschiedene ansieht; vgl. auch Brinz II §§ 268, 269 S. 266—277, Windscheid II § 264 Anm. 9, § 265 Anm. 2 S. 53—54, die jedoch schon etwas nach der Baron-Bruckner-schen Ansicht hinneigen, und Gelpcke S. 354—355, 363—367,

Ganz anders Baron Arch. S. 252—275, 277—284, Pand. § 237 S. 422—423, Bigenwald §§ 3—10 S. 38—60, der sich ihm in allem völlig anschliesst, und Bruckner §§ 24—27 S. 206—231. Jener stellt als Prinzip auf, dass der, „welcher von einem Geschäft Vorteile habe und kraft dieses Geschäftes eine fremde bewegliche Sache in seine Hände bekomme" (Arch. S, 277), dieser, dass der, „welcher eine Sache durch den Willen des Herrn in seinen Händen habe, falls er auch sonst für diligentia boni patrisfamilias verantwortlich sei" (§ 16 S. 136, 143), bezüglich ihrer technische custodia prästire, d. h. bis zur vis maior hafte.

Auch der fullo und sarcinator haften trotz der Vergleichung mit dem nauta, caupo, stabularius in l 5 pr. D 4,9 nicht für technische custodia; denn diese Vergleichung will nicht sagen, dass sie für dieselbe custodia wie die Rezipienten, sondern nur, dass sie ebenfalls für eine gewisse custodia einzustehen haben, trotzdem sie nicht dafür — und dies ist das tertium comparationis —, sondern für ihre Arbeit bezahlt werden (s. Brinz II § 269 Anm. 40 S. 275—276). Ihre custodia ist vielmehr wie l 5 pr. selbst sagt, die custodia „ex locato," d. h. ihre Haftung ist die schon in der locatio enthaltene Verantwortlichkeit für diligentia also dieselbe, wie die des sonstigen conductor operis (§ 1 J de loc. et cond. 3,24, l 60 § 2 D loc. cond. 19,2); sie haften deshalb ebenfalls nur für Verschulden, und ein solches wird auch z. B. in l 13 § 6 l 25 § 8 eod. l 2 pr. D si quadr. paup. fec dic. 9,1 und selbst in l 12 pr. D de furt. 47,2 (vgl. auch Gaii Inst. III §§ 203—206) vorausgesetzt.

Sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit, Stellen, in denen also der Mangel an custodia als culpa ausdrücklich dem dolus gegenübergestellt wird.[3])

Alle übrigen haben also, wenigstens im justinianischen Recht, nach allgemeinen Grundsätzen nur Verschulden zu vertreten, mag auch früher, wie dies z.B. Pernice und Biermann annehmen, eine erweiterte Haftung bestanden haben, und wenn demnach (s. § VI) die vis maior vielfach unmittelbar der culpa als Haftbefreiungsgrund gegenübergestellt wird, so soll dies, wie wir jetzt gesehen haben, doch nicht bedeuten, dass die betreffenden Kontrahenten bis zur höheren Gewalt haften oder diese etwa mit Zufall (casus) identisch sei. Vielmehr sind, wenn man diesen Umstand nicht mit Pernice historisch erklären will, in den hier in Betracht kommenden Fällen die sich als vires maiores zeigenden Ereignisse bloss als typische, die grösste Wahrscheinlichkeit eines Nichtverschuldens in sich schliessende Beispiele des casus hingestellt,[4]) der hier an sich schon jede Haftung aufhebt. In § 2 J quib. mod. re contrah. obl. 3,14, l 6 § 9 D de edendo 2, 13, l 22 D de neg. gest. 3, 5, l 24 § 3 D de damno inf. 39,2, l 6 C de pign. act. 4,24, Paulii sent. lib. II tit. IV § 2, Mos. et Rom. leg. coll. Tit X Cap. III § 1 werden denn auch in diesem Sinne alle derartigen Ereignisse — incendium, vis ignis, ruina, naufragium, vis fluminis, terrae motus, latronum hostiumve incursus, ag-

[3]) Natürlich kann (s. § II) vertraglich jede beliebig erhöhte Haftung vereinbart und so auch eine custodia bestimmt werden, die sogar Fälle der vis maior umschliesst. Von selbst ist dies im Zweifel der Fall, wenn in Rechtsverhältnissen, die schon an und für sich die Prästation der technischen custodia verlangen, ausserdem noch besonders custodiae praestatio vereinbart wird; vgl. l 55 pr. D loc. cond. 19,2 i. V. mit l 1 C de loc. et cond. 4,65 und Mos. et Rom. leg. coll. Tit. X. Cap. IX; ebenso Hollander § 7 S. 44, 49, anders Mommsen § 24 Anm. 10 S. 275, Goldschmidt § 8 S. 447.

[4]) Ebenso z. B. Hafner S. 21—22, Schey S. 54, Volkmar S. 14—16 Knauer § 1 S. 3.

gressura latronum — nicht als vires maiores, sondern als blosse casus oder casus fortuiti (Zufälle) bezeichnet, und Mäcian stellt sie in l 30 pr. D ad leg. Falc. 35,2 mit den Worten: In ratione legis Falcidiae mortes servorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium, praedonum, latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcunque damnum, si modo culpa legatarii careant, heredi pereunt, ausdrücklich als bloss unverschuldete Vorkommnisse dar (vgl. auch l 23 D 50 17).

Alle diejenigen also, welche bis zur höheren Gewalt haften, „custodiae nomine tenentur" (l 5 pr. D 4,9,), d.h. die vis maior wird durch die Grenzen der Möglichkeit einer erfolgreichen custodia bestimmt. Was bedeutet aber diese über die diligentia boni patrisfamilias hinausgehende spezifische Art der custodia des römischen Rechts?

Dies erklären zunächst allgemein die ll 40,41 D loc. cond. 19,2 und l 31 pr. D de act. emti et vend. 19,1: l 40 D 19,2 Gajus: Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei,[5]) is huius periculum custodiae praestat; l 41 eod. Ulpian: sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus[7]) ait; qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodire potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est. l 31 pr. D 19, 1 Neratius: Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamvis[6]) eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendas eius praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit.

Also wer die Haftung für custodia übernimmt, hat für

[5]) Diesem stehen der nauta, caupo, stabularius und horrearius gleich (l 5 pr. D 4,9 l 60 § 9 D 19,2.)

alles einzustehen,was er durch eine persönliche Bewachung oder Stellung eines Wächters hätte unschädlich machen können, falls natürlich die übernommene Custodiahaftung den Abmachungen gemäss nicht noch weiter gehen soll. Ausgenommen ist mit direkten Worten der Fall, dass eine Sache vi ademta fuerit, quia custodia adversus vim parum proficit. Er haftet also insbesondere für ein ohne Gewalt ausgeführtes furtum oder damnum: „non enim dubitari oportet,quin is qui salvum fore recipit,non solum a furto sed etiam a damno recedere videatur" (l 5 § 1 D 4,9), nicht dagegen, und so ist l 41 D 19, 2, wie sich aus l 31 pr. D 19,1 — vgl. dazu auch l 1 C4, 65 mit Mos. et Rom. leg. coll. Tit. X Cap. IX: Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum praestare non cogitur — ergibt, zu verstehen, für ein unter Gewaltanwendung zugefügtes damnum oder furtum, da er dann „custodire non potuit, ne damnum (furtum) daretur."

Dass die hier verlangte Custodiahaftung aber auch tatsächlich etwas anderes ist als das Einstehen für die diligentia boni patris familias geht, abgesehen von l 1 C de loc. et cond. 4,65 i.V. mit l 60 § 9 D loc. cond. 19, 2 sowie l 3 § 1 i.V. mit l 5 pr. D n.c. st. ut rec. rest. 4, 9 weiter klar aus l 19 D commod. v.c. 13, 6 hervor, wo Julian im Gegensatz zu l 41 D loc. cond. 19, 2 sagt:

> Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est; qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis nobis iniuri-

[6]) D. h. infolge ausdrücklicher oder stillschweigender Uebernahme dieser Haftung (s. oben Anm. 2).

am det?[7]) und aus § 3 J de emt. et vend. 3,23: . . Quidquid sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est . . . . . Quodsi fugerit homo qui veniit aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit: sane enim si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est.

In diesen Stellen ist also gesagt, dass, wenn nicht eine spezielle Custodiahaftung übernommen ist, der Verpflichtete nur für cura, diligentia, culpa aufzukommen, nicht dagegen, d.h. wenn ihn kein Verschulden trifft, z.B. ein einfaches damnum oder furtum zu vertreten hat, während andernfalls gerade diese über ein Verschulden hinausgehende Haftung Platz greift. Ja § 3 J 3, 23 bezeichnet sogar die speziell übernommene Custodiahaftung ausdrücklich als ein Einstehen für casus.[8])

[7]) Diese Stelle steht nicht, wie Ulpian l 41 D 19.2 meint, mit l 40 eod. in Widerspruch; denn in l 40 ist ausdrücklich ausgesprochen dass die Custodiahaftung besonders ausbedungen sei, da gerade für sie der merces ausgemacht ist. Nicht dagegen ist dies in l 19 D 13,6 vorausgesetzt; zwar liegt hier eine conductio servandi, d. h. Uebernahme der Verwahrung einer Sache gegen Entgelt vor, aber augenscheinlich nur in den Sinn, dass dabei, analog wie bezüglich des fullo und sarcinator in l 5 pr. D. 4.9 auch die für die locatio conductio geltenden Rechtssätze massgebend sein sollen. Deshalb ist dort auch nicht wie in l 41 D 19,2 von einer custodia die Rede, sondern von cura und diligentia. Dass eine Haftung ex locato conducto gemeint ist, ergibt sich auch aus der Gleichstellung mit dem „accipere utendum", bei dem nach den Ausführungen im Anfang dieses Paragraphen von einer technischen Custodiahaftung, d. h. einem Einstehen bis zur höheren Gewalt, ebenfalls keine Rede sein kann.

[8]) Damit erledigt sich auch die Behauptung von Weis S. 367, dass die custodia stets, wenn sie auch ein Endpunkt der Culpahaftung sei, doch immerhin eine Haftung für einen gewissen Grad von culpa bedeute, und die von Gerth § 5 S. 40—58 und Stintzing S. 432, 437, die die custodia in allen Fällen mit der diligentia identifizirenwollen.

IX.

„Custodia adversus vim parum proficit," d.h. auch derjenige, der die Haftung für technische custodia, also Haftung bis zur höheren Gewalt übernommen hat, wird frei, „si res vi ademta fuerit" (l 31 pr. D de act. emti et v. 19,1). Zur Befreiung von der Haftung genügt also hiernach schon eine von Menschenhand ausgeübte vis.

Unüberwindlich aber muss dieselbe sein (l 15 § 2 D loc. cond. 19,2, l 1 § 4 D de obl. et act. 44, 7). Absolut unüberwindliche vis gibt es indes nicht. Keine von Menschenhand herrührende und kaum eine aus Naturkräften entspringende Gewalt lässt sich denken, die nicht wieder durch einen entsprechend stärkeren menschlichen Widerstand, sei es durch eine an Stärke überlegene Menschenzahl, sei es durch geeignete Schutzmassregeln unschädlich gemacht werden könnte. Wie aber schon aus den oben angeführten l l 41 D loc. cond. 19,2 und 31 pr. D de act. emti et v. 19,1 hervorgeht, wird auf Seiten des zur custodia Verpflichteten ein solcher Widerstand überhaupt nicht verlangt; in der letzten Stelle wird die vis lediglich dem Widerstand gegenübergestellt, den der einzelne von ihr betroffene Mensch leisten konnte, und in l 41 D 19,2 ist auch nur von der Möglichkeit der Bewachung durch den dazu Verpflichteten die Rede. Prinzipiell lassen demnach die Quellen die technische custodia schon dann gewahrt sein, wenn ihr eine vis entgegentritt, die so stark ist, dass ihr gegenüber ein Widerstand des zur custodia Verpflichteten machtlos sein würde, und zwar kann es, da wie gesagt, der Widerstand, je nachdem er vorbereitet werden konnte oder nicht, naturgemäss verschieden stark sein wird, nur darauf ankommen, ob der zur custodia Verpflichtete unter normalen Verhältnissen in der Lage wäre, der gerade

gegen ihn anstürmenden vis standzuhalten. Als ihn unvorbereitet überraschend muss also die vis gedacht werden. Nur so ist es überhaupt möglich, den Begriff der höheren Gewalt objektiv zu bestimmen; alles andere, die Verquickung der Frage nach der Abwendbarkeit eines Ereignisses durch entsprechende Vorsichtsmassregeln mit der Begriffsbestimmung selbst, würde, wie schon ausgeführt, naturnotwendig wieder auf die Schuldfrage zurückleiten (s. §§ VII, XII).

Mit der hier entwickelten Ansicht stimmen auch, wie die nachfolgende Untersuchung im Einzelnen zeigen wird, sämtliche weiter in Betracht kommenden Quellenstellen, die von einer vis im oben angegebenen Sinne und dem dieser gegenüber anzuwendenden Widerstand reden, überein. In l 3 pr. § 1 D quod metus causa gestum erit 4,2 sagt Ulpian: . . . . . Si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc Edictum restituitur. Sed vim accipimus atrocem . . . . . und in l 1 § 3 D de vi et de vi armata 43,16: Hoc Interdictum non ad omnem vim pertinet . . . . Ad solam autem vim atrocem pertinet hoc Interdictum . . . . „verlangt also in diesen Fällen, in denen der Prätor ebenfalls einen Schutz gegen vis gewährt, im ausdrücklichen Gegensatz zu dem Titel Quod vi aut clam D 43, 24 — vgl. besonders l 1 §§ 5-9 dess. — eine über das gewöhnliche Mass hinausgehende vis, eine vis maior; denn auch diese vis atrox definirt Paulus in l 2 D 4,2 mit den Worten: vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest (s. auch Paulli sent. lib. I tit. VII §§ 7-10), stellt sie also der „vis cui resisti non potest" völlig gleich, und Ulpian erklärt diese vis atrox in l 1 § 28 D 43, 16 dahin: Vi possidere eum definiendum est, qui . . . . . in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit, ut contra bonos mores, auxilio, ne prohiberi possit, ingrediens in possessionem faciat, und rechnet zu ihr besonders die vis armata (l 3 pr. § 2 eod.), führt dann aber in l 1 § 29 weiter aus:

Labeo ait eum qui metu turbae perterritus fugerit videri(vi) deiectum; sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere; ego etiam eum qui fugatus supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum, und in l 3 § 5 eod: Qui armati venerunt et si armis non usi sunt ad deiiciendum sed deiecerunt, armata vis facta esse videtur; sufficit enim terror armorum, ut videantur armis deiecisse (vgl. Paulli sent. lib. V tit. VI § 4).

Aus allen diesen Stellen, namentlich aber aus den beiden zuletzt angeführten, geht klar hervor, dass es nur auf den Widerstand ankommt, den gerade der von der vis Betroffene hätte leisten können. Nirgends ist gesagt, dass die vis eine derartige sein müsse, dass sie überhaupt nicht zurückgeworfen werden könnte; l 1 § 29, l 3 § 5 D 43,16 und l 7 D 41, 2 beweisen vielmehr das gerade Gegenteil. Sie verlangen nicht einmal die positive Leistung eines Widerstandes, sondern lassen schon genügen, dass der von der vis Betroffene seine Ohnmacht derselben gegenüber einsieht und deshalb auf Widerstand überhaupt verzichtet, vorausgesetzt selbst verständlich, dass die Annahme der Vergeblichkeit eines Widerstandes und damit das Aufgeben desselben vollauf begründet erscheint, „si iusto metu perterritus est" (l 23 § 1 D 4,2): l 3 § 6 D 43,16 Ulpian: Si quis autem visis armatis qui alibi tendebant metu hoc perterritus profugerit, non videtur vi deiectus, quia non hoc animo fuerunt, qui armati erant, sed alio tendebant, und Gajus in l 6 D 4,2: Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicitur (auch l 5 l 9pr. eod.).

Also es wird, wie auch aus diesen Stellen wieder hervorgeht, prinzipiell nur der persönliche Widerstand gefordert, den man von dem einzelnen Menschen unter normalen Verhältnissen füglich verlangen kann. In diesem Sinn sind auch die gerade auf die vis maior bezüglichen

Erfordernisse einer „vis cui resisti" oder „humana infirmitas resistere non potest," die sich mit dem „repelli non posse" der vis atrox völlig decken, zu verstehen.[1]) Die humana infirmitas soll hier ebenfalls nicht bedeuten, dass überhaupt mit menschlichen Mitteln der vis maior gegenüber nichts erreicht werden könnte, sondern bezieht sich auch nur auf die dem einzelnen Menschen mögliche Widerstandsfähigkeit, wie übrigens, abgesehen von dem vielfach eingeführten Beispiel der fugae servorum, auch klar aus einer Vergleichung der speziell von der vis maior redenden l 15 § 2 D loc. cond. 19, 2 mit l 33 eod. hervorgeht. In l 15 § 2 sagt Ulpian: Servius omnem vim cui resisti non potest dominum colono praestare debere ait, utputa fluminum . . . . et si quid simile acciderit, und in l 33 i.f. erklärt Afrikanus dieses „resistere non posse" weiter dahin: . . . . . Si colonus tuus frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis quanti eius interfuit frui . . . . . sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debes.

Aber auch selbst die oben aufgestellte Ansicht, dass die Frage, ob ein Ereignis, wenn genügend Vorsichtsmassregeln getroffen worden wären, hätte abgewendet werden können, nichts mit dem Begriff der vis maior zu tun hat, bestätigen die Quellen zum Ueberfluss selbst noch ausdrücklich: Es gibt Ereignisse, die nicht bloss durch geeignete Schutzmassregeln, sondern sogar von dem einzelnen Menschen mit den ihm unter normalen Verhältnissen zu Gebote stehenden Mitteln unschädlich ge-

[1]) Vgl. l 7 D de acqu. vel am poss. 41,2 ohne dass damit gesagt werden soll, dass dort der Ausdruck vis maior als technischer gebraucht sei; auf jeden Fall geht aber auch aus dieser Stelle hervor, dass die „vis atrox qui repelli non potest" nur maior als die Widerstandsfähigkeit des einzelnen normalen Menschen zu sein braucht.

macht werden könnten, wenn es ihm möglich wäre, ihnen im Anfang ihrer Entstehung gegenüberzutreten. Ein noch so starkes Feuer kann in seinem Beginn leicht erstickt werden (vgl. l 11 D de pr. et c. r.v. 18, 6), und dennoch wird es in den Quellen vielfach gerade als ein typisches Beispiel der vis maior aufgezählt und mit Recht, da es, einmal in seiner ganzen Gewalt ausgebrochen, tatsächlich des Widerstandes des von ihm Betroffenen unter gewöhnlichen Verhältnissen spotten muss: l 15 § 3 D loc. cond. 19, 2 Ulpian: Quum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei resriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendii r e p e n t i n i non immerito tibi subveniendum est (dazu l 33 eod.), mit anderen Worten: Wird das Ereignis durch die Plötzlichkeit seines Auftretens zu einem für den von ihm Betroffenen unüberwindlichen, so zählt es ebenfalls zur höheren Gewalt.[2]) Dies geht auch aus der oben angeführten l 1 § 29 D de vi et de vi arm. 43, 16 hervor, in der es heisst: etiam is, qui fugatus s u p e r v e n i e n t i b u s quibusdam videtur vi deiectus.

Also auch die Quellen betrachten das Ereignis objektiv so, wie es sich, einmal eingetreten, darstellt, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe durch geeignete Vorsichtsmassregeln hätte abgewendet werden können. Hat der Betroffene solche, ungeachtet der ihm vielleicht in dieser Beziehung sogar besonders obliegenden Pflichten, unterlassen, so bleibt er natürlich t r o t z — und nicht wegen Nicht- — Vorliegens einer höheren Gewalt infolge seines konkurrirenden Verschuldens, das den Unfall zu einem casus mixtus macht, haftbar.

Nur in der Weise, dass das Mass des Widerstandes an der Fähigkeit des einzelnen normalen Menschen ge-

[2]) Ebenso z. B. Mommsen § 20 S. 236, Schneider S. 359—360. Knauer § 42 S. 125, Bruckner § 33 S. 282—284.

prüft und das Ereignis so betrachtet wird, wie es einmal eingetreten erscheint, wird, was nicht genug betont werden kann, eine rein objektive Begriffsbestimmung möglich. Darin ist allerdings den Vertretern der Forderung einer „absoluten Unüberwindlichkeit"[3]) zuzustimmen, dass die Unüberwindlichkeit nicht subjektiv, d.h. nicht in der Weise, dass bei ihrer Feststellung gerade die Eigenart der Persönlichkeit des Betroffenen berücksichtigt würde, bestimmt werden darf; aber von der Person des einzelnen normalen Menschen (non vani hominis: l 6 D 4,2) kann nicht abgesehen werden, wenn man nicht von vorneherein auf jeden objektiven Massstab verzichten will. Dieses käme aber einer Verzichtleistung auf die Möglichkeit einer Begriffsbestimmung überhaupt gleich. So müssen denn auch tatsächlich, wie wir unten (§XII) noch näher sehen werden, gerade die Vertreter der Forderung einer absoluten Unüberwindlichkeit, da es ihnen an jedem objektiven Massstab fehlt, im Einzelnen derartig grosse Konzessionen machen, dass auch sie schliesslich im Ergebnis wieder an die Culpahaftung herankommen.

Nur also dann, wenn dem einmal eingetretenen Ereignis gegenüber jeglicher persönliche Widerstand oder sonstiges Vorgehen seitens des zunächst Betroffenen, kurz gesagt, jedes menschliche Eingreifen, wie es unter normalen Verhältnissen, ohne besondere Vorbereitungen, nur möglich sein kann, von vorneherein völlig machtlos erscheinen würde, kann nach den bisherigen Erörterungen überhaupt höhere Gewalt vorliegen. Das besagt die Verpflichtung zur custodia; ein einmal eingetretenes Ereignis, das durch eine in's Einzelne gehende spezielle Bewachung oder Beaufsichtigung des gesamten Gewerbe-

8) S. besonders Exner S. 71, Baron Arch. S. 294, Sehneider S. 342—347, 377—381, Fischer S. 10, 76.

betriebes infolge des dadurch ermöglichten sofortigen persönlichen Eingreifens des Haftpflichtigen oder seiner Leute noch hätte unschädlich gemacht werden können, kann nie eine vis maior sein. Dass eine solche, tatsächlich ja undurchführbare Aufsicht überhaupt nicht verlangt werden kann, ist gleichgültig; gerade darin liegt eben die Haftung über culpa hinaus. Nur darauf kommt es an, ob, abstrakt gedacht, das einmal eingetretene Ereignis noch durch ein persönliches Eingreifen des sonst Haftpflichtigen entweder selbst oder doch in seinen Folgen hätte unschädlich gemacht werden können, wenn ein solches Eingreifen de facto stattgefunden haben würde. Die custodiae praestatio ist in der Tat, wie Baron[4]) richtig ausführt, „nur eine juristische Denkform, die es den Römern ermöglichte, die Haftung bis zur höheren Gewalt in ihr Recht einzuführen."

Die eben entwickelte Ansicht, dass das Ereignis, wie es sich, einmal eingetreten, darstellt, betrachtet werden müsse, wird bereits klar in einem Erkenntnis des Lübecker O.A.G. vom 5. 5. 1826[5]) wiedergegeben, das die vis maior, einen höheren Grad des casus, als eine Gewalt, der, wenigstens wenn sie einmal da ist, die menschliche Kraft nicht weiter gewachsen ist,

[4]) Arch S. 225--226, 237; vgl. auch Windscheid II §384 S. 339; „Die Rezipienten stehen nicht bloss für Nachlässigkeit ein, sondern ausserdem für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch eine spezielle persönliche Beaufsichtigung hätten vermieden werden können; unterlassen sie eine solche Beaufsichtigung; so tun sie das auf eigene Gefahr," und im Anschluss an ihn Rümelin Zufall S. 40—41. ferner Gelpcke S. 374.

Damit erledigt sich auch der Einwand des R. G. in dem Urteil v. 5. 1. 87 in Bd. 19 S. 40—41, den im Anschluss daran auch Fuchsberger § 456 S. 1202—1203 und, im Hinblick auf seine gerade vorhergehenden Ausführungen, sonderbarerweise, auch Rümelin S. 41 erheben, dass „dieser Massstab beim Frachtführer und der Eisenbahn versagen müsse, da dieselben wegen der Art ihres Gewerbebetriebes den Sachen keine spezielle Bewachung und Beaufsichtigung widmen könnten." Aber die custodiae praestatio ist ja eben nur eine juristische Denkform, wie Rümelin gerade vorher selbst anerkennt!

[5]) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 7. S. 41.

bezeichnet. Anklänge daran finden sich auch in einzelnen Reichsoberhandels- und Reichsgerichtsentscheidungen, so in dem Urteil des R.O.H.G. vom 5.2. 73 (in Entsch. Bd. 8 S. 159-164), das für die vis maior als zweites Merkmal die Unüberwindlichkeit des eingetretenen Ereignisses resp. seiner Schadensfolgen durch menschliches Bemühen voraussetzt, und in dem des R.G. vom 15. 1. 81 (bei Eger R.H.Pfl.G. § 1 S. 114), das darunter alle von aussen (s. § X) einwirkenden Ereignisse, die nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen sind und — wenn sie eintreten — durch menschliche Kraft und Sorgfalt nicht abgewendet und in ihrem Erfolg nicht abgeschwächt werden können, versteht, ohne dass jedoch die Praxis dieses richtige Prinzip konsequent durchgeführt hätte (s. § XII).

Darin liegt im Grunde auch schon die Ansicht, dass nicht ein übermenschlicher Widerstand, sondern bloss der dem Betroffenen im entscheidenden Moment unter normalen Verhältnissen mögliche verlangt werden kann, vertreten, eine Ansicht, die sich übrigens auch sonst in Theorie und Praxis mehrfach, wenigstens andeutungsweise berührt, wiederfindet.[6]) Nirgends aber sind die hier

[6]) So schon bei Weis S. 368 der zur vis maior auchmenschliche Gewalthat rechnet, welcher unter den Umständen, unter denen sie erfolgt, keine hinreichende Macht entgegengesetzt werden kann, ferner bei Bruckner § 33 S. 279:

Was vermag der Einzelne gegen die Uebermacht der das Land durchziehenden feindlichen Horden oder gegen den Ueberfall einer Räuberbande . . . . .?

auch der Entscheidung des R. G. v. 23. 3. 88 in Bd. 21 S. 13—21, die ein äusseres, auch durch Menschenhand herbeigeführtes Ereignis das mit einer gewissen Unwiderstehlichkeit aufgetreten sein muss, derart, dass die anzuwendende Menschenkraft zur Abwendung desselben oder seiner Folgen nicht ausreicht, voraussetzt und im Anschluss daran ebenso Fuchsberger § 446 S. 1202; auch Knauer §§ 42, 43 S. 134, 138:

Höhere Gewalt ist nicht notwendigerweise höher als jede Menschenmacht, sondern nur höher als die Macht einer bestimmten Art von Menschen in einem bestimmten Einzelfall, und besonders Stucki S. 5 der sich dadurch jedoch zur Wiedererweckung des diligentissimus paterfamilias verleiten lässt und so zur reinen Culpahaftung zurückkommt.

entwickelten Grundsätze zu einem klaren, insbesondere konsequenten Ausdruck gekommen.[7]) Die meisten Anhänger der objektiven Theorie verlangen grundsätzlich einen übermenschlichen Widerstand, um aber, gerade an der Unmöglichkeit der Messung desselben scheiternd, durch die mit Rücksicht auf die praktischen Seiten notwendig werdenden Einschränkungen des Erfordernisses schliesslich wieder zur verdeckten Culpahaftung zurückzukommen. Es kann eben bei der so grossen Verschiedenheit der überhaupt möglichen Ereignisse und der Mannigfaltigkeit menschlicher Schutzmassregeln eine objektive Bestimmung dessen, was unwiderstehlich ist, nur dann gegeben werden, wenn das Verhältnis des Betroffenen zu dem schädigenden Ereignis auf den kleinsten Zeitraum beschränkt, d.h. in der Weise gedacht wird, als ob es unvermutet eingetreten wäre.

So aber erhalten wir ein sicheres und mit den Quellen völlig übereinstimmendes Merkmal. Hier nur ein Beispiel mit Bezug auf das wichtigste in Betracht kommende Unternehmen, den Eisenbahnbetrieb: Es legt jemand einen Stein auf die Schienen, der den Zug, falls dieser mit ihm zusammenstösst, zum Entgleisen bringen muss. Der Zug ist noch nicht in Sicht; der Stein bleibt aber liegen, und der Zug stösst mit ihm zusammen. Hier liegt keine höhere Gewalt vor; denn der Stein hätte

[7]) Am nächsten kommen ihnen Windscheid II § 384 S. 399—400 und Biermann S. 39—44, 57—64, auch Gelpcke S. 369—370, 374; aber der Umstand, dass sie die custodiae praestatio nicht konsequent als blosse Denkform ansehen, lässt sie zu keinem befriedigenden Ergebnis gelangen; dasselbe gilt von Goldschmidt § 8 S. 446—447 und Hollander §§ 5,7—9, S. 28, 43—62.

Mit der Auffassung der custodia als Denkform, als welche ihr Inhalt nach den Quellen sehr wohl bestimmbar ist, erledigen sich auch die Einwände, die insbesondere Hafner S. 17—21, Gerth, § 50 S. 40—41, Fischer S. 18—21, Michelsohn S. 19—21 gegen die Verwendbarkeit des Custodiabegriffes zur Definirung der vis maior mit der Begründung erheben, dass derselbe seinem Wesen nach zu unbestimmt sei.

vor Eintreffen des Zuges leicht durch menschliches Eingreifen beseitigt werden können. Der Verbrecher wirft aber den Stein so spät vor den Zug, dass er unter keinen Umständen mehr hätte entfernt werden können;dann aber auch nur dann, liegt höhere Gewalt vor. Gleichgültig ist dabei, ob die Bahn vollständig ihre Pflicht erfüllt, ob die Geleise von den Wärtern vorschriftsmässig begangen und revidirt, die Weichen und Signale richtig gestellt waren und nachher der fremde Eingriff geschehen ist. Alles dies kann entgegen der von der subjektiven Theorie vertretenen Ansicht[8]) den Unternehmer nicht entlasten.

Allerdings ist es auch hierbei nicht immer möglich, ein Ereignis von vorneherein ganz abstrakt als vis maior-Ereignis zu bestimmen; bei den meisten ist dies wohl der Fall, dagegen z.B. nicht bei dem vorhin geschilderten Vorkommnis. Hier hat also der sonst Haftpflichtige noch die Umstände darzutun, durch die das Ereignis zu einer vis maior wird, nämlich das überraschend kommende Eintreten. Ist dies aber nachgewiesen, so bietet die Bestimmung keine Schwierigkeiten mehr. Nur insoweit ist also ein Eingehen auf die im konkreten Fall gegebenen Sachlage nötig, und ein solches würde sich auch bei jeder der sonstigen objektiven Theorien, wie übrigens deren Vertreter durchgängig selbst zugeben (s.z.B. Weis S. 368-369-), nicht vermeiden lassen; denn Metum (et vim: l 1 D 4,2) non iactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit (Jmpp. Diokl. et Max. in l 9 C de his quae vi m. c. g. s. 2, 20).

Der Verpflichtete hat allerdings auch noch zu beweisen, dass er den mit Rücksicht auf seinen Betrieb ihm

[8]) Vgl. insbesondere Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 123—131 und die dort aufgeführte Judikatur; das Nähere s. § XII.

besonders obliegenden Pflichten nachgekommen ist und dass er es nicht an der nötigen Sorgfalt zwecks Vermeidung des Eintritts des Ereignisses hat fehlen lassen. Fährt der Lokomotivführer absichtlich in eine herabstürtzende Lawine hinein, so bleibt die Bahn natürlich trotz Vorliegens einer vis maior verhaftet, und ebenso wurde der Schiffer, der, obgleich er auf Grund seiner Erfahrung wusste, dass zu einer bestimmten Zeit an einer gewissen Stelle das Kanals die gefährlichsten Stürme herrschen, dennoch diese Stelle passierte und dabei Schiffbruch erlitt, trotz Art. 607 A.D. H.G.B., und wird die Post, die, ohne für ganz besondere Sicherheitsmassregeln gesorgt zu haben, in einer berüchtigten Gegend des Balkan von Räubern ausgeplündert wird, trotz Artt. 8 W.P.V., 11 bezw. 13 Uebereink. v. 4. 7. 91 von der Verantwortlichkeit nicht frei, eben weil „ipsorum culpa is casus intervenit" (§ 2 J quib. mod. re contrah. obl. 3,14). Tatsächlich wird sich aber unter den gewöhnlichen Verkehrsverhältnissen regelmässig ein derartiger Beweis der Schuldlosigkeit erübrigen, wenn der Unternehmer nur ein Ereignis dartut, das höhere Gewalt ist. Namentlich wird bei dem Nachweis der Plötzlichkeit des Auftretens eines solchen Ereignisses jener weitere Beweis der Natur der Sache nach in der Regel überflüssig erscheinen (vgl. l 52 § 3 D pro socio 17, 2, l 6 C de pign. act. 4, 24), und unvermutet zeigen sich meist die vires maiores.[9])

[9]) Vgl. §§ XI, XII. Deshalb gebühren auch dieser in der Literatur mit Recht mehrfach vertretenen (s. § VII Anm. 5) und notwendigen Scheidung zwischen dem schadenbringenden Ereignis als solchem und der von dem Unternehmer mit Rücksicht auf die Vermeidung des Eintritts desselben zu vertretenden Sorgfalt nicht die Vorwürfe, die ihr Fischer S. 23—26 macht. Sie ist vielmehr gerade nötig, wenn man nicht von vornherein, wie dies die subjektiven Theorien tun und tun müssen (s. § XII), die Culpafrage mit der Begriffsbestimmung ververquicken will; und in diesem Fall würde der Beweis völliger Schuldlosigkeit notwendigerweise viel umfangreicher, ausführlicher ausfallen. Ja eine objektive Bestimmung der höheren Gewalt wäre dann ganz unmöglich, da, wie dies auch z. B. Goldschmidt § 9 S. 448—449

Die Prüfung jener Frage hat, was nochmals hervorgehoben werden soll, mit dem Begriff der höheren Gewalt nichts zu tun; sie läuft nur nebenher als ein nach den allgemeinen Grundsätzen der Haftung für die Sorgfalt eines ordentlichen Gewerbeunternehmers zu bestimmender Umstand. Es muss eben zwischen der vis maior des receptum und der daneben noch in Betracht kommenden, schon ex locato conducto begründeten Verpflichtung geschieden werden.

X.

Aber das Merkmal der Unüberwindlichkeit allein bestimmt den Begriff der höheren Gewalt noch nicht:

In l 1 § 1 D n. c. st. ut rec. rest. 4,9 sagt Ulpian: Maxima utilitas est huius Edicti . . . . . nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, quum ne nunc quidem abstineant huius modi fraudibus, und in l 3 § 1 eod: . . . . honoraria actio inducta

konsequenterweise behauptet, danach ein räuberischer Ueberfall in belebter Gegend vis maior, in unbekannter oder berüchtigter Gegend dagegen blosser casus sein würde. Das will aber auch Fischer, der sich S. 15—16, 96 als energischen Anhänger der objektiven Theorie bekennt, nicht gelten lassen! S. übrigens gegen diese Goldschmidt'sche Ansicht bereits Weis S. 369—370. Sehr klar und bewusst war diese Scheidung schon in dem Entwurfe eines H. G. B. für das Königreich Württemberg von 1839 durchgeführt, dessen Art. 111 bestimmte:

Der Fuhrmann haftet für jeden Schaden an dem ihm anvertrauten Gute, wenn derselbe nicht durch die eigenen Mängel des Guts oder die Schuld des Versenders nachweislich entstanden ist, und — was die beiden ersten anlangt — bei gehöriger Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte.

Dazu bemerkten die Motive desselben Gesetzes: »War der Schaden mehr oder weniger bei gehöriger Vorsicht vermeidlich, so kann sich der Fuhrmann nicht mit der höheren Gewalt oder den eigenen Mängeln entschuldigen;« s. bei Goldschmidt Anhang S. 487, 488.

. . . ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum.

Also auch, um der damals wohl allgemeinen Unredlichkeit der Schiffer und Wirte zu steuern — ein Motiv, das auch sonst noch im römischen Recht eine Rolle spielt: l 12 pr. l 1 pr. D de publ. et vect. et c. 39,4 — um insbesondere zu verhüten, dass sie durch allerhand Machenschaften, namentlich mit Hülfe Dritter, die Reisenden schädigten, in welchem Fall ihnen der Nachweis angeblicher Schuldlosigkeit leicht gewesen wäre, hat der Prätor das receptum eingeführt, und die Jurisprudenz lässt die Rezipienten nach l 1 § 8 i.f. l 2 eod. deshalb et factum non solum nautarum praestare debere sed et vectorum sicut et caupo viatorum, also für die Handlungen ihrer Leute und sogar der Reisenden im Bereich ihres Gewerbebetriebes („si exercentes negotium suum recipiunt" l 3 § 2 eod.) haften.[1])

Hieraus schon lässt sich schliessen, dass das römische Recht die Rezipienten gerade für die Gefahren, die der Betrieb selbst mit sich brachte, einstehen lassen und ihnen dabei die Einrede der höheren Gewalt abschneiden wollte.[2]) Dass dies denn auch tatsächlich der Fall war,

[1]) Diese unbedingte Haftung für das Personal und die Reisenden, selbst für deren Handlungen, die als vires maiores erscheinen, entspringt entgegen der Ansicht z. B. Baron's und Bruckners (s. § IV Anm. 2) natürlich nicht der Custodiaverpflichtung; s. Biermann S. 59—60 — Für Delikte ihrer Leute hafteten die Repizienten mit einer in factum gefassten Strafklage sogar auf das Doppelte (l 6 l 7 eod. l 5 § 6 D de obl. et. act. 44,7, l un. D de furt. adv. n. 47,5, § 3 J de obl. quae quasi ex del. nasc. 4,5; vgl. dazu besonders Goldschmidt §§ 2,3 S. 408—418.

[2]) Ebenso Hafner S. 63—65, Volkmar S. 71—74; auch Rümelin „chadenszurechnung gibt S. 18 zu, „dass der Haftung ex recepto als innerster Kern zwar auch der Gedanke der Haftung für die spezifischen Betriebsgefahren zu Grunde liege, aber als solcher innerhalb der römischen Jurisprudenz nicht erkannt worden sei." Die nachfolgende Untersuchung wird indes ergeben, dass letzteres doch der Fall war.

Die Haftung für Betriebsgefahren finden in den Quellen überhaupt nicht bestätigt Gerth § 5 S. 59—60. Baron Arch. S. 291, Stucki S. 5, 10, 26, Fischer S. 14—15. 85 Anm. 126, Gelpcke 375—378, auch Dernburg B. R. II 2. Abt. § 401 Anm. 10 S. 663, Cosack H. R. § 90 S. 449.

wird aus nachfolgender Untersuchung zweifellos klar:

In l 30 § 4 D loc. cond. 19,2 sagt Alfenus, dass, wenn zwischen dem Grundstückseigentümer und dessen Kolon ausgemacht worden sei, dass dieser für unversehrte Rückgabe des auf dem Grundstück stehenden Landhauses haften solle „praeter vim et vetustatem," und dann ein Sklave des Kolon das Haus non fortuito casu in Brand gesteckt habe, non videri eam vim exceptam nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.[3])

Wir haben nun oben (§ VII) gesehen, dass das receptum ursprünglich ein ausdrückliches Garantieversprechen enthielt, das später als stillschweigend abgegeben angesehen wurde. Demnach steht es dem in l 30 § 4 D 19, 2 behandelten Fall völlig parallel, so dass also auch die Repizienten sich nur dann befreien können, wenn sie eine „vis extraria", eine von aussen kommende, nicht durch den Betrieb selbst entstandene Gewalt nachweisen. Bestätigt wird diese Ansicht auch durch l 40 l 41 D eod., wo es heisst, dass der, welcher mercedem accipit pro custodia alicuius rei, für das damnum ab alio datum hafte, „sive custodire potuit ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit.

Indes darf das Erfordernis der vis extraria nicht rein örtlich dahin aufgefasst werden, dass die vis unbedingt ausserhalb des Betriebes ausgebrochen sein und erst in ihrem weiteren Verlauf in denselben hineinwirken müsse, wie dies z.B. Glück (§ 490 S. 120), Mommsen (§ 22 S. 253), Puchta (§ 314 S. 481), Exner (S. 59-67) und dessen Anhänger Hafner (S. 65) und Hölder (S.

[3]) Auch l 11 § 4 l 12 eod. machen einen analogen Unterschied zwischen einem von einem Haussklaven und einem extraneus angelegten Feuer.

534-535) verlangen ; danach würde, wie Exner (S. 62) auch selbst sagt, die Explosion einer unter falscher Deklaration aufgenommenen sogenannten Thomasuhr im Schiff, im Gegensatz zu einer hineingeworfenen Bombe, als höhere Gewalt nicht anzusehen sein. In einer solchen Aeusserlichkeit kann natürlich der Begriff der vis extraria nicht gesucht werden; ausdrücklich widersprechen dem auch die Quellen:

In l 15 § 2 eod. stellt Ulpian der „vis cui resisti non potest, also der vis maior, die „vitia quae ex ipsa re oriuntur". (vgl. § XI Anm. 1) gegenüber, und in dem Titel De damno infecto et de sugrundis et protectionibus D 39, 2 findet sich derselbe Gedanke, jedoch weit ausführlicher, von Paulus, Ulpian und Alfenus wiedergegeben:

Nach l 2 l 7 pr. h.t. kann jeder, der von der fehlerhaften Beschaffenheit eines Grundstückes einen Schaden für das seinige befürchtet, von dem Besitzer oder dinglich Berechtigten die cautio damni infecti, d.h. ein Versprechen verlangen, dass ihm der Schaden eintretendenfalls ersetzt werde. Mit diesem Versprechen übernimmt der Verpflichtete eine Garantie, er haftet ohne Rücksicht auf eigenes Verhalten für das Grundstück „rei, aedium nomine" (l 7 pr. l 24 § 10 h.t.), also auch, wie hier ebenfalls gesagt wird, über die Grundsätze der locatio conductio hinaus: „ultra culpam" (l 18 § 4 h.t. zu l 3 § 1 D 4,9); tritt dann der Schaden, wenn auch ohne sein Verschulden, ein, so ist er doch verantwortlich „nomine damni infecti" (l 7 pr. i.f., l 24 § 7 h.t.; vgl. dazu das „custodiae nomine" der l 5 pr. D 4,9).

Er haftet jedoch nur für vitia aedium, loci, operis (l 18 § 4, l 24 § 2 § 5 §§ 9-12 h.t.), aber auch nicht für alle, sondern nur in den Fällen, dass „aliquid extrinsecus infirmiores eas (aedes etc.) facit" (l 24 § 2 h.t.),

d.h. für solche, die in schlechter Bauart, schlechtem Material, Alter, also einer von aussen hineingetragenen Fehlerhaftigkeit ihren Grund haben, nicht dagegen für die, welche auf einer natürlichen Beschaffenheit des Grundstückes beruhen (palustris locus vel arenosus, quia naturale vitium est, l 24 § 2 h.t.). Aber auch für das „accidens extrinsecus infirmiores faciens" hat der Promittent dann nicht einzustehen, wenn dasselbe ein Ereignis ist, „cui nulla ope occurri poterit" (l 24 § 8 h.t.)[4]), also, wie die Quellen selbst ausführen, nicht für terrae motus, vis fluminis, violentia ventorum, incendium, tempestatis maris vis, ruinae (l 24 §§ 3-5, 9-11, l 43 pr. h.t.), Fälle, die, wie wir gesehen haben, typische Beispiele der höheren Gewalt sind und auch hier (l 24 § 4) „vires divinae" genannt werden,[5]) — es sei denn, dass dabei ein vitium operis loci aedium mitgewirkt hat: multum enim interest, quod erat alioquin firmum vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde vi ceciderit (l 24 § 5 h.t.), si aedes vi tempestatis in tua aedificia ceciderint eaque diruerint, nihil ex ea stipulatione praestari, quia nullum damnum vitio mearum aedium tibi contingit, nisi forte ita vitiosae meae aedes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint (l 24 § 10), sed et verius est referre, utrum impulsu fluminis ruit

[4]) Dieses Erfordernis ist wie das analoge »resisti non posse« ebenfalls nicht dahin zu verstehen, dass es jedem Menschenkönnen überlegen sein müsse, sondern es genügt auch hier, dass es, einmal eingetreten, von dem sonst Ersatzpflichtigen nicht mehr unschädlich gemacht werden kann; si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potnit, stipulatio non committetur," l 24 § 6 h. t.

[5]) Aus alledem geht klar hervor, dass, im Gegensatz zu der Behauptung Michelsohn's S. 32,39, zwischen dem receptum und dem Institut der cautio damni infecti die engsten Berührungspunkte bestehen und deshalb die für letzteres geltenden Bestimmungen mit voller Berechtigung auch zur Erklärung der Lehre vom receptum herangezogen werden können.

aedificium, an deterius ante factum postea ceciderit (l 24 § 11), ex aedificio tegulae vento deiectae ceciderant in vicini tegulas easque fregerant . . . . . respondet, si vitio aedificii et infirmitate factum esset, debere praestari; sed si tanta vis venti fuisset, ut quam vis firma aedificia convelleret, non debere (l 43 pr., s. auch l 24 § 9 h.t.); denn in diesen Fällen ist der Unfall nicht so sehr durch die höhere Gewalt (vis divina) als durch die fehlerhafte Beschaffenheit des Grundstücks herbeigeführt: quod in stipulatione est: sive quid ibi ruet, non videri sibi ruere quod aut vento aut omnino aliqua vi extrinsecus (i.e. aliqua ratione, quae vim habet divinam: l 24 § 4 h.t.) admota caderet, sed quod ipsum per se concideret, sagt Alfenus in l 43 h.t.

Also nicht rein örtlich ist, wie aus allen diesen Stellen hervorgeht, das „accidens extrinsecus", die „extraria vis" aufzufassen, sondern darauf kommt es an, ob die eigentliche Ursache des Unfalls die vis extrinsecus accidens oder das vitium aedis war, ob der Unfall also — die Lehre von der cautio damni infecti auf das receptum angewandt — in seinem Ursprung essentiell in den technischen Bedürfnissen des Betriebs, in der eigenen Art der Ausführung desselben, „ex ipsa re oriens," oder ausserhalb dessen begründet liegt.[6]) Jenes, die eigentlichen (inneren) Betriebsgefahren können deshalb nie zur höheren Gewalt gerechnet werden, selbst wenn der Unternehmer in Bezug auf die Vollkommenheit seines Betriebes das Menschenmöglichste geleistet hat. Sogar das Reichs-

[6]) Derselbe Gegensatz findet sich auch z. B. in l 59 und l 62 D loc. cond. 19,2 angedeutet. Vgl. zu diesen Ausführungen besonders Windscheid II § 459 S. 653, Unger Jahrb. Bd. 30 S. 402—420, Oertmann § 701 S. 438, Volkmar S. 51—76, Knauer § 42 S. 117—128.

gericht, das sich sonst durchgängig in den Ausführungen der subjektiven Theorie bewegt, erkennt dies rückhaltlos an, wenn es z.B. in dem Urteil v. 12. 6. 99 in Bd. 44 S. 31 wörtlich ausführt: Darauf, ob der Unfall von der beklagten Bahn mit Hülfe der nach dem gegenwärtigen Stand der Technik bekannten, mit der Aufrechterhaltung des Betriebes vereinbaren Einrichtungen nicht verhütet werden konnte, kommt es nicht an, gleichviel ob man an den Begriff der höheren Gewalt einen absoluten oder einen mehr relativen Massstab anlegt. Ist die durch die Eisenbahn hervorgerufene Gefahr durch solche Einrichtungen nicht zu vermeiden oder völlig zu beseitigen, so trägt eben insoweit die Gefahr der Eisenbahnunternehmer.

So wird es auch klar, weshalb die römischen Juristen so oft das naufragium zur höheren Gewalt zählen, trotzdem dies doch ebenfalls mit zu den gerade der Seeschiffahrt eigentümlichen Gefahren gehört: Nicht in der Fahrt als solcher ist eben der Schiffbruch begründet, sondern er wird essentiell durch äussere überwältigende Ereignisse (Stürme) hervorgerufen.

Treffend hatte bereits das Preussische Eisenbahngesetz vom 3. 11. 1838, das den Unternehmer von der Haftpflicht befreit, wenn der Schaden durch einen äusseren unabwendbaren Zufall bewirkt worden ist, im Abs. 2 § 25 den Begriff „äusserer Zufall" dahin erläutert, dass die gefährliche Natur der Unternehmung selbst als ein solcher von dem Schadenersatz befreiender Umstand nicht zu betrachten sei.

Auch die Allgemeinen Motive zum R.H.Pfl.G. nehmen auf diese Bestimmung als eine durchaus sachgemässe, die auch im Begriff der höheren Gewalt enthalten sei, Bezug, ja sie reden in diesem Sinne sogar direkt von einem „Verschulden des Betriebs," und die Motive zum

§ 1 R.H.Pfl.G. sagen ausdrücklich,[7]) dass der fragliche Zusatz des § 25 Pr.G. v. 3. 11. 38 infolge der Vertauschung der Worte „unabwendbarer äusserer Zufall" mit der Bezeichnung „höhere Gewalt" nunmehr als entbehrlich weggelassen sei.

Ja noch mehr, auch das A.D.H.G.B., aus dem der Begriff in die gesamte moderne Gesetzgebung übergegangen ist, erkannte implicite an, dass die Fährlichkeiten, die der Betrieb oder die Betriebsmittel selbst in sich bergen, keine vires maiores seien, wenn es im Art. 607 Abs. 2 im Gegensatz zum Art. 395 Verlust und Beschädigung, welche aus einem mangelhaften Zustande des Schiffs entstehen, der aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdecken war, dem Verlust oder der Beschädigung durch höhere Gewalt gleichachtete, aber auch nur „gleichachtete."

Auch die gesamte moderne Praxis und mit ihr die neueren Kommentatoren[8]) haben sich dieser Ansicht im Prinzip angeschlossen. So sagt das Urteil des R.G. v. 29. 3. 84 in Bd. 11 S. 147-148, dass der Begriff der höheren Gewalt immer dann ausgeschlossen bleiben müsse, wenn der Unfall die regelmässige Folge des

[7]) S. bei Eger R. G. Pfl. G. S. XVI bezw. § 1 S. 110. Entgegen der Ansicht derselben Motiven ist der „unabwendbare äussere Zufall," wie ihn auch das A. L. R. f. d. Pr. St. Teil II Tit. 8 §§ 447, 1734 1735 kennt, jedoch nicht dasselbe wie die höhere Gewalt; überhaupt lassen sich beide Begriffe so nicht vergleichen. Die höhere Gewalt als solche braucht nicht, wie wiederholt hervorgehoben, unabwendbar zu sein, und der äussere Zufall ist nur insoweit mit der höheren Gewalt identisch, als beide die Betriebsfährlichkeiten ausschliessen. Dagegen ist die höhere Gewalt insofern wieder enger zu fassen, als sie eine vis cui resisti non potest voraussetzt, ein Merkmal, das der äussere Zufall für sich nicht fordert: s. § XII a. E.

[8]) Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 112, 117, E. V. O. § 75 S. 479, 487—488, Fuchsberger § 456 S. 1203, Dambach § 11 S. 126, Oertmann § 701 S. 438, Gareis-Fuchsberger Art. 395 S. 826; auch die Denkschrift z. H. G. B. sagt bei Hahn-Mugdan S. 404, dass die Haftung bis zur höheren Gewalt eine »Gewährspflicht für gewisse Betriebsgefahren enthalte."

Betriebes gewesen sei, und führt dann wörtlich weiter aus: Wollte man die Wirkung der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst als einen vom Schadenersatz befreienden Zufall ansehen, so würde man gegen die Grundtendenz des im § 1 Ges. v. 7. 6. 71 enthaltenen Haftungsprinzips verstossen, während es in seiner Entscheidung vom 5. 1. 87 in Bd. 19 S. 37-43 (s. auch bei Eger R.H.Pfl.G. § 1 S. 128) den Grundsatz aufstellt, dass es mit Rücksicht auf die eigentümliche Natur des Eisenbahnbetriebs nahe liege, in genereller Weise den Unterschied zwischen den zu vertretenden Zufällen und der höheren Gewalt dahin festzustellen, dass unter den ersteren diejenigen Zufälle, welche im Verlaufe des Gewerbeunternehmens als diesem eigentümlich mehr oder weniger häufig vorzukommen pflegten, auf die der Unternehmer gerüstet und gefasst sein müsse, unter letzteren die über dieses Mass augenscheinlich hinausgehenden zu verstehen seien, womit das Reichsgericht jedoch entgegen der vorher zitirten Entscheidung wieder in bedenklicher Weise auf die Verschuldungsfrage zuzugehen Gefahr läuft.[9])

Zu diesen inneren Betriebsfährlichkeiten rechnete das römische Recht, wie wir gesehen haben, nicht bloss Verschulden etwaiger domestici bei der Betriebsführung, sondern sogar deren, wie auch der vectores und viatores deliktischen Handlungen — daher auch die Gegenüberstellung der vis extraria zu dem Verhalten der domestici in l 30 § 4 D 19, 2 — und zwar auch wegen der bei dem Gewerbebetrieb der Rezipienten damals so stark vorhanden Kollusionsgefahr mit verbrecherischem Gesindel (s. oben Anm. 1). Da heute von einer derartigen all-

[9]) Das Gleiche gilt von dem Urteil des R. G. v. 12. 6. 99 in Bd. 44 S. 30; vgl. auch Entsch. v. 23. 8. 88 in Bd. 21 S. 13—21, v. 8 3.00 in Bd. 46 S. 23—27 und v. 9. 1. 02 in Bd. 50 S, 94—95.

gemeinen „improbitas" jener Gewerbetreibenden keine Rede mehr sein kann,[10]), können jetzt auch solche Handlungen nicht ohne weiteres zu den Gefahren gezählt werden, die der Betrieb als solcher schon mit sich bringt, die also infolgedessen den Begriff der höheren Gewalt von vorneherein ausschliessen müssten. Naturgemäss sind wohl noch Versehen des Personals in der Ausübung ihrer Dienste zu den inneren Betriebsgefahren zu zählen, weshalb aber auch dolose Handlungen, dafür ist kein Grund abzusehen.

In richtiger Würdigung dieser Sachlage bestimmte denn auch das A.D.H.G.B. in den Artt. 400, 423, trotzdem im Art. 395 für den Frachtführer bereits die Haftung bis zur höheren Gewalt festgelegt war, noch ausdrücklich, dass er für seine Leute und für andere Personen, deren er sich bei der Ausführung des von ihm übernommenen Transportes bediene, unbedingt hafte, und ihm ist § 458 H.G.B. v. 10. 5. 97 bezüglich der Eisenbahn gefolgt. Damit erkennt das Gesetz selbst an, dass in der Haftung bis zur höheren Gewalt nicht ohne weiteres zugleich die unbedingte Verantwortlichkeit für das Personal liegt. Wenn trotzdem das Reichsgericht und mit ihm die Mehrzahl der Schriftsteller das Gegenteil annehmen,[11]) so stimmt dies mit der tatsächlichen Gesetzgebung nicht überein und entbehrt auch der inneren Begründung.

[10]) Vgl. Oertmann Vorbemerkung zum 13. Tit. 2. Buchs S. 434, Stintzing S. 431.

[11]) So z. B. Urteil des R. G. v. 13. 4. 80 in Bd. 1 S. 253, auch bei Eger R. H, Pfl. G. § 1 S. 119, Unger Jahrb. Bd. 30 S. 415, Schey S. 55 - 56, Schneider S. 252 - 253 Anm 65, Weinand S. 17 - 21, Eger R. H. P.fl G. § 1 S. 112, 117—120. E. V. O. § 75 S. 479 487—488. natürlich auch Exner S. 63, da er den Begriff »Betriebsgefahren« im weitesten Sinne nimmt (s. § XII), Dernburg B. R. II 1. Abt. § 69 S. 149; richtig dagegen Gerth § 11 S. 166—167, Knauer § 5 S. 27, Michelsohn S. 38. — Selbstverständlich galten im Gebiet des gemeinen Rechts hinsichtlich des receptum der Wirte bis 1900 noch die römisch-rechtlichen Bestimmungen.

Da das Reichshaftpflicht- und Postgesetz keine dem § 458 H.G.B. entsprechende Vorschrift kennen, so würden nach ihnen im Gegensatz zum H.G.B. die Unternehmer bei nicht bloss versehentlichen Handlungen in der Dienstausführung, also bei allen dolosen Manipulationen des Eisenbahn- und Postpersonals, dann von der Haftung befreit sein, wenn ihnen resisti non possit, sie also eine höhere Gewalt darstellten, falls nicht das B.G.B. mit seinen §§ 278 und 831 Anwendung zu finden hätte.[12]) Zwar ist bei der Beratung des R.H.Pfl.G. ein Antrag, den Zusatz: Der Betriebsführer haftet insbesondere auch für die durch seine Angestellten und Arbeiter bei Gelegenheit ihrer Dienstverrichtungen verursachte Beschädigung eines Menschen, aufzunehmen, als „überflüssig" abgelehnt worden (s. bei Eger R.H.Pfl.G. § 1 S. 120); wie aber aus dem Obigen hervorgeht, war derselbe für die Zeit vor Einführung des B.G.B. auf jeden Fall nicht überflüssig, und dürfte es auch heute, mit Rücksicht auf den verschieden grossen Umfang der praktischen Bedeutung der §§ 278, 831 B.G.B. und 458 H.G.B., noch nicht sein (s. § IV). Und was für das H.G.B. geboten erschien, musste es auch für das R.H.Pfl.G. sein.

Aehnliches trifft auch bei dem receptum des § 701 B.G.B. zu. Zwar sagen die Motive (II S. 586) und die Denkschrift (S. 91), dass die Haftung des Gastwirtes sich im Allgemeinen auf allen Schaden erstrecke, den der Gast, sei es durch die Leute des Wirtes oder durch andere Gäste oder durch Dritte oder durch ei-

[12]) Früher galten hinsichtlich der Post gemäss Artt. 421 Abs. 2, 449 A. D. H. G. B. subsidiär die Bestimmungen des A. D. H. G. B; dies haben jedoch die §§ 452, 663 H. G. B. aufgehoben, so dass jetzt ergänzend die Vorschriften des B. G. B. Anwendung zu finden haben (Dambach § 1 S. 5—7), Die für das gemeine Recht gültig gewesene Bestimmung der l 25 § 7 D loc. cond. 19,2 konnte, da sie nur für Kontraktsverhältnisse galt, hinsichtlich des R. H. Pfl. G. nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

nen nicht als höhere Gewalt anzusehenden Zufall bezüglich der eingebrachten Sachen erleide, aber aus dem § 701 kann die unbedingte Haftung für das Personal, die Gäste oder gar dritte Personen nicht herausgelesen werden. Zwar haftet er kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 702 für jedes Verschulden seiner Leute, also weiter als nach § 278, und diese Bestimmung muss nach Lage der Sache auch für den § 701, von dem ja § 702 eine dem Rezipienten günstige Ausnahme bilden soll, Platz greifen, aber auf jeden Fall ist sowohl für den Gastwirt als auch die Eisenbahn die römisch-rechtliche unbedingte Haftung für Gäste und Passagiere (viatores et vectores) weggefallen.[13])

Die vis maior ist also eine „vis extraria," der auch durch custodia „resisti non potest."

XI.

So kommen wir denn zu dem Ergebnis, dass alle Fährnisse, die der Gewerbebetrieb als solcher mit sich bringt, die ihrer eigentlichen oder doch für uns erkennbar wesentlichen, überwiegenden Ursache nach in der Eigenart des Betriebes, seiner praktischen Ausführung, seinen technischen Bedürfnissen begründet sind, nie höhere Gewalt sein können. Andererseits ist es aber auch nicht zulässig, alle übrigen unverschuldeten Ereignisse, die auf den Betrieb schädigend einwirken, ohne weiteres zur vis maior zur rechnen. Von diesen muss vielmehr eine sol-

[13]) Vgl. bezüglich der Ausführungen über Betriebsgefahr auch noch Bähr. Ueber den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht, in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 28. 1886 S. 408—411, R. Merkel S. 210—216, Rümelin Schadenszurechnung S. 45—46, 51, 83—84, Zufall S. 31—40, Stintzing S. 468, Gelpcke S. 377—383, Schey S. 55—56, Cosack H. R. § 90 S. 448—449.

che Stärke verlangt werden, dass ihnen resisti non possit. Aber nicht als ob ihnen mit menschlichen Mitteln überhaupt nicht beigekommen werden könnte; es genügt vielmehr, dass der einzelne Mensch ihnen gegenüber, wenn sie einmal da sind, machtlos ist, sie also weder selbst noch in ihren Folgen mehr unschädlich machen kann. Etwa möglich gewesene Vorbereitungen zur Abwehr müssen dabei ausserachtbleiben, das subjektive Moment darf bei der Begriffsbestimmung nicht herangezogen werden; es gewinnt lediglich seine Bedeutung bei der Frage nach einem konkurrierenden Verschulden. Massgebend ist allein, ob der normale Mensch unter gewöhnlichen Verhältnissen, also etwa von dem Ereignis überrascht gedacht, noch etwas dagegen ausrichten könnte, falls man in concreto die Tatsächlichkeit eines derartigen Eingreifens annähme. Deshalb kann ein Schaden, der durch gewöhnlichen Mäusefrass hervorgerufen ist, schon an sich nicht als durch höhere Gewalt verursacht gelten; denn die einzelnen Mäuse können, wenn gegen sie tatsächlich vorgegangen würde, leicht vertrieben werden (vgl. l 13 § 6 D loc. cond. 19,2). Dagegen hätten entsprechend stark auftretende Mäuse- oder etwa Heuschreckenplagen nach Art der ägyptischen der Bibel wie die vis graculorum und sturnorum der l 15 § 2 D eod. als vires maiores zu gelten.

Unzweifelhaft ist es, dass der einzelne Mensch gegenüber den grösseren Naturereignissen wie Erdbeben, Lawinen, Blitz, Ueberschwemmung, Seesturm, Bergstürzen, Vulkanausbrüchen, aber auch Angriffen von Räuberhorden, Feindesgewalt, Volksaufständen und den damit verbundenen Ausschreitungen, wenn sie ihn einmal treffen, machtlos ist. Sie zählen deshalb sicher zur höheren Gewalt. Hierhin ist aber auch die Vergänglichkeit und natürliche Veränderlichkeit aller Materie zu rechnen. Schä-

den, „die durch die natürliche Beschaffenheit der eingebrachten oder verfrachteten Sachen, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, verursacht sind," sind demnach auch durch höhere Gewalt hervorgerufen.[1]) Ihre besondere Erwähnung in den Artt. 395, 607 A.D.H.G.B., § 456 H.G.B., § 701 B.G.B, § 6 P.G., Art. 11 Uebereink. betr. den Austausch von Briefen und Kästchen war deshalb, im Grunde genommen, überflüssig; doch erschien sie insofern geboten, als die Transportausführung oder schon blosse Aufbewahrung immerhin mit zur Hervorrufung des Schadens beigetragen haben kann — man denke an Glas, das Gerinnen der Milch, Schütteln von Früchten —, das Gesetz aber auch in diesem Fall den Frachtführer und Wirt befreien wollte, falls sie die Sachen sonst ordnungsmässig behandelt haben.

Zu den inneren Betriebsfährlichkeiten gehören unzweifelhaft z.B. nicht lediglich durch äussere Einwirkungen hervorgerufene Achsen- und Schienenbrüche, ohne nachweislich äussere Ursachen entstandene Kesselexplosionen, durch die Ausführung des Betriebs verursachte Brände (Eisenbahnwagen-, Waldbrand, entstanden durch Glühendwerden der Achsen oder Ausfliegen von Feuerfunken), Versehen (nicht dolose Handlungen, für die die §§ 431, 458 H.G.B., 278, 831 B.G.B. Platz greifen würden) der Angestellten bei ihren Dienstverrichtungen, wie etwa nicht

[1]) Vgl. ebenso z. B. Baron Arch. S. 297—298, Pand. § 238 S. 425, Eger E. V. O. § 75 S. 491; anderer Ansicht z. B. Schneider S. 363 mit Berufung auf l 15 § 2 D 19,2; derartige Schädigungen sollen nach ihm zum niederen casus gehören, weil sie ex ipsa re oriuntur; dies stimmt allerdings hinsichtlich des Kolon, nicht aber mit Rücksicht auf den Frachtführer, da die Sachen für diesen völlig fremd sind; die Rollen sind hier eben der Natur der zu Grunde liegenden Verhältnisse entsprechend vertauscht: in l 15 § 2 nimmt der dominus die Stelle des Frachtführers des H. G. B. ein, während der Kolon, als der Berechtigte, dem Versender des Gutes gleichsteht; ferner Knauer § 3 S. 18 wegen der besonderen Erwähnung in den neueren Gesetzen.

absichtlich-falsche Weichenstellung, ferner Versagen der Brems- und Signalvorrichtungen. Bei ihnen ist also die Einrede der höheren Gewalt versagt.

Nicht dagegen zählen dazu solche Ereignisse, die mit der Betriebsausführung nur in einem äusserlichen Zusammenhang stehen, bei denen also die Betriebstätigkeit nur die zufällige äussere Gelegenheit, nicht aber die eigentliche, notwendige Ursache bildet. Hierhin gehört neben dem schon in den Quellen erwähnten naufragium z.B. die Explosion einer unter falscher Deklaration aufgegebenen sog. Thomasuhr. Der dadurch verursachte Unfall ist also, da der Mensch einer Dynamitexplosion gegenüber völlig machtlos ist, durch höhere Gewalt hervorgerufen. Die Bahn ist hier demnach haftfrei, es sei denn, dass sie hätte wissen müssen, dass sich in der Kiste eine solche Vorrichtung befand. Prinzipiell müsste, wie schon mehrfach hervorgehoben ist, die Bahn auch ihre diesbezügliche Schuldlosigkeit beweisen; doch wird sich hier, wie auch sonst in den meisten Fällen, dieser Nachweis mangelnder konkurrirender culpa erübrigen. Anders würde die Sache allerdings etwa in dem folgenden Fall liegen: In den Kohlen, die zur Heizung der Lokomotive gebraucht werden, befindet sich eine in dem Bergwerk versehentlich hineingeratene Sprengpatrone; dieselbe gelangt beim Schüren in's Feuer, der Kessel explodiert, und der Zug entgleist. Eine Kesselexplosion ist an und für sich ein inneres Betriebsereignis; weist die Bahn aber nach, dass dieselbe durch eine Dynamitpatrone verursacht ist, so kann sie sich auf höhere Gewalt berufen. Die Bahn würde also im Prinzip haftfrei sein; aber mit Recht wird man hier auch den Nachweis mangelnder konkurrirender culpa verlangen, da es Pflicht der Bahn ist, ihre Kohlen auch in dieser Beziehung zu prüfen, zumal da

bei einiger Sorgfalt derartiges auch beim Schüren entdeckt werden wird. Dagegen wird man auf denselben Nachweis wieder verzichten können, wenn ein Zug von einer Lawine überrascht worden ist; denn es ist doch nicht zu denken, dass der Lokomotivführer vorsätzlich oder auch nur fahrlässig in eine stürzende Lawine hineinfährt.

Die Bahn macht geltend, dass ein Rad während der Fahrt oder auch eine Schiene durch Frosteinflüsse oder etwa durch einen Blitzschlag gebrochen und der Zug infolgedessen entgleist sei. Könnte sie dartun, dass dies die alleinige oder doch wesentliche Ursache des Bruches gewesen ist — ein Beweis, den sie wohl kaum je führen kann, — so würde vis maior vorliegen.

Die richtig gestellten Weichen werden von einem Burschen böswillig umgestellt, der einlaufende Zug entgleist. Ein innerer Betriebsunfall liegt nicht vor, aber auch nicht höhere Gewalt; denn es fehlt das Merkmal der Unüberwindlichkeit: Die Weiche hätte von jedem, der gerade an der Stelle gewesen wäre, mit Leichtigkeit wieder in die richtige Lage gebracht werden können. Ein Verschulden der Bahn liegt hier, vorausgesetzt dass die Wärter durch das vorgeschriebene Patrouilliren der Strekke ihre Pflicht getan haben, auch nicht vor, und doch ist sie haftbar. Anders steht die Sache, wenn etwa eine Nihilistenbande unter Gewaltanwendung die verstellten Weichen besetzt hält und dadurch den Zug zum Entgleisen bringt. Die Schienen sind von Menschenhand aufgerissen: ein Fall der höheren Gewalt, falls der Zug entgleist, da der einzelne Mensch diesen Schaden nicht ohne weiteres ausbesseren kann. Hier wird jedoch die Frage nach einem etwa konkurrirenden Verschulden besonders praktisch. Hätte bei genügender Vorsicht der Zug noch zum Halten gebracht werden können, so wird

die Bahn natürlich nicht haftfrei.

Ein Kind spielt zwischen den Schienen. Von dem erst eine Zeit lang später eintreffenden Zug wird es überfahren: Hier liegt keine höhere Gewalt vor; denn das Kind hätte von einem Bahnwärter, wenn ein solcher gerade an der Stelle gewesen wäre, leicht weggeholt werden können. Eine Schuld trifft die Bahn auch nicht, es sei denn, dass der Lokomotivführer, trotzdem er dies gekonnt hätte, den Zug nicht noch vorher zum Halten gebracht hat. Das Kind läuft unmittelbar oder ganz kurz vor dem heranbrausenden Zug auf die Schienen: hier ist die Bahn wegen vis maior haftfrei.[2]) Vor einer Kurve befindet sich eine Schranke, die nicht geschlossen ist, ein Tauber geht unmittelbar vor dem heranbrausenden Zug, der nicht sichtbar ist, über die Schienen und wird zerrissen: Höhere Gewalt liegt vor, und dennoch bleibt die Bahn, da den Tauben kein Verschulden trifft, wegen konkurrirender culpa haftbar.

[2]) Gerade bezüglich dieses wichtigen Falles ist das Reichsgericht in seinen Entscheidungen nie konsequent gewesen. Meist hat es hier das Vorliegen einer vis maior verneint (s. z. B. Entsch. v. 13. 4. 80 in Bd. 1 S. 276—278, auch bei Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 125, und Entsch. v. 12. 6. 99 in Bd. 44 S. 30.), vereinzelt jedoch auch das Gegenteil ausgesprochen (s. z. B. die Ausführungen im Urteil v. 23. 3. 88 in Bd. 21 S. 13—21, auch bei Eger R, H. Pfl. G. § 1 S. 125—126). Seine Ansicht, dass hier höhere Gewalt nicht vorliege, begründet es bald damit, »dass nicht das Kind selbst, sein eignes Verhalten, vis maior sein könne," bald damit, »dass derartige Ereignisse mit einer gewissen Häufigkeit bei dem Eisenbahnbetrieb vorzukommen pflegten, deshalb der Unternehmer solche von vornherein in Aussicht nehmen und für sie als mit seinem Betrieb in Zusammenhang stehende Gefahren haften müsse.« Allerdings ist das Kind selbst nicht die höhere Gewalt, vielmehr liegt diese in den inneren Vorgängen, die das Kind zur Kollision mit dem Zuge bringen. — Gerade diese Verschiedenheit der Begründung zu der das Reichsgericht seine Zuflucht nehmen muss, zeigt, wie wenig haltbar die von ihm vertretene Theorie ist. Ohne Zweifel ist doch gerade diese Art des Todes eines in einen Zug hineinlaufenden Kindes ein damnum fatale in des Wortes eigenster Bedeutung.

Analoges gilt, wenn jemand von einem Dritten auf die Schienen gestossen wird (Steglitzer Bahnunglück).

In allen diesen Fällen wende man nicht ein, dass das Kind nicht getötet worden, der Zug nicht entgleist wäre, wenn dies nicht doch in der eigentümlichen Art der Betriebsführung begründet läge, da es beim gewöhnlichen Fuhrverkehr doch nicht oder wenigstens nicht so leicht vorkommen könnte. Ganz richtig! Aber nicht der Betrieb als solcher bringt das mit sich, nicht er ist die eigentliche Ursache des Unglücks, sondern das Hineinlaufen des Kindes in seinen Weg, die Einwirkung des Steines auf seinen Gang, alles von ihm völlig unabhänige Umstände. Er bietet lediglich die äussere Gelegenheit des Unfalles. Auch ein Erdbeben wird auf einen stehenden Zug wohl kaum den verheerenden Einfluss ausüben wie auf den dahinrasenden Orient-Express; dasselbe gilt von einer Lawine, einem Bombenattentat auf Züge, und doch wird hier keiner das Vorliegen von höherer Gewalt bezweifeln.

Das Oel an und in den Maschinenteilen gefriert, dadurch wird ein Eisenbahnunfall hervorgerufen. Ein aus dem Betrieb oder dessen Bedürfnissen selbst heraus resultirendes Ereignis liegt nicht vor; wesentliche Ursache ist nämlich die unabhängig vom Betrieb von aussen auf das Oel, vielleicht ganz plötzlich, einwirkende Kälte, eine vis maior; und dennoch ist die Bahn nicht haftfrei; denn sie hat dafür zu sorgen, und dies ist bei entsprechender Sorgfalt möglich, dass ein solches Gefrieren nicht vorkommt oder doch unschädlich bleibt.

Der Lokomotivführer wird vom Schlag oder Blitz getroffen, angenommen der noch bei ihm befindliche Heizer auch. Ein inneres Betriebsereignis liegt hier nicht vor. Für den Getroffenen ist es auch höhere Gewalt, nicht aber für die Bahn, auch wenn dadurch die Maschine führerlos wird und entgleist. Denn das Ereignis hätte durch das Eingreifen eines Menschen wieder un-

schädlich gemacht werden können, falls sich noch ein solcher auf der Maschine befunden hätte. Dass dies nicht der Fall war, kann zwar der Bahn nicht als Verschulden angerechnet werden, aber sie haftet doch, eben weil für sie keine höhere Gewalt vorliegt. Die Ansicht der Praxis (s. Eger R.H.Pfl. G. § 1 S. 122), dass in diesem Fall, wenn der Lokomotivführer vom Blitz getroffen werde, keine höhere Gewalt vorliege, „da auf der Maschine noch ein Substitut (Heizer) für den Notfall sein müsse," dass dagegen vis maior anzunehmen sei, wenn auch dieser vom Blitz getroffen werde, bedeutet natürlich nichts weiter als eine reine Culpahaftung.

Der Einsturz einer Eisenbahnbrücke ohne erkennbare äussere gewaltsame Einwirkung ist für die Bahn ein inneres Betriebsereignis und damit nicht haftbefreiend. Der Zusammenbruch einer Brücke, über die ein gewöhnlicher Frachtführer fährt, ist es natürlich für diesen nicht, so dass er wegen vis maior haftfrei wurde, wenn er den schlechten Zustand der Brücke nicht hat kennen müssen.

Scheuwerden von Pferden infolge Vorbeifahrens eines Zuges muss die Bahn, da gerade durch ihren eigentümlichen Betrieb hervorgerufen, naturgemäss haftbar machen, wenn sie nicht ein entsprechendes Verschulden der die Aufsicht über die Tiere führenden Person nachweisen kann.[3]) Strike der Arbeiter, Meuterei müssen entgegen der Ansicht Exners (S. 65-66) auch als höhere Gewalt angesehen werden, da alles derartige mit ihren Dienstverrichtungen wenigstens direkt nichts zu tun hat, und ihnen gegenüber der einzelne Mensch machtlos ist.[4])

[3]) Anders mehrfach das R. G. von seinem subjektiven Standpunkt aus, s. z. B. bei Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 127—128, richtig jedoch im Urt, v. 5. 1. 87 in Bd. 19 S. 37—43.

[4]) Vires maiores sind auch naturgemäss die Akte der Staatsgewalt die sie kraft ihrer Hoheits- und Regierungsrechte, sowie die Akte einzelner Staatsbeamten, die sie kraft ihres Amtes vornehmen, so die Expropriationen, vgl. I 33 D loc. cond. 19,2, Baron Arch. 289.

Auch die von einem einzelnen Menschen ausgeübte Gewalt kann unter Umständen vis maior sein; insbesondere gilt dies von einem gewaltsamen Diebstahl (rapina), falls nachweislich offene Gewalttat vorliegt.[5]) Der durch eine Gasexplosion in einem Wirtshaus oder etwa Eisenbahnschuppen entstehende Brand gehört regelmässig zu den inneren Betriebsfährnissen, es müsste denn nachweisbar sein, dass dieselbe durch gänzlich ausserhalb der Wirtschaftsbedürfnisse liegende Ursachen hervorgerufen wäre, z.B. infolge Ueberdrucks durch die Gasanstalt. Dagegen wird der durch das Verhalten eines Gastes entstehende Brand stets dann eine höhere Gewalt darstellen, wenn er sofort in seiner ganzen Macht ausbricht. Meist wird er, da er in seinem Anfang durchgängig leicht gelöscht werden könnte, nicht das Merkmal des resisti non posse an sich haben; anders ist dies bei einer von aussen kommenden Feuersbrunst, und das ist auch der Grund, weshalb ein im Inneren des Betriebs ausgebrochener Brand meist nicht zur vis maior zählen wird.

Aus dieser praktischen Prüfung geht hervor, dass die an der Hand der Quellen hier entwickelte Begriffsbestimmung einen leicht anwendbaren und durchaus zuverlässigen Massstab abgibt, der uns auch, entgegen der Ansicht Gelpcke's (S. 381-383), bei der Scheidung der Betriebs- von den Nichtbetriebsgefahren nicht im Stiche lässt. Zugleich aber haben wir auch gesehen, dass das Widerstandserfordernis, an dem Können des einzelnen normalen Menschen gemessen, durchaus nicht, wie dies besonders Exner (S. 71), Hölder (S. 532) und R.

[5]) Vgl. Entsch. des R. O. H. G. v. 11. 4. 76 in Bd. 20 S. 49 und dazu Art. 1954 code civil: Ils (les aubergistes) ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure; nicht also vom heimlichen Diebstahl, da hier ein resisti non posse nicht nachweisbar sein würde.

Merkel (S. 210) meinen, auf die Haftung für reine culpa zurückführen muss, wenn dabei nur das Ereignis, wie es einmal eingetreten sich darstellt, objektiv in's Auge gefasst wird. Endlich haben wir auch, entgegen der Ansicht von Exner (S. 7-8), Hollander (§ 2 S. 13-14), Rümmelin (Zufall S. 27), Fischer (S. 26-27), Schey (S. 42), Michelsohn (S. 27, auch Goldschmidt § 5 S. 426-429 bezüglich des objektiven Momentes), gefunden, dass die römisch-rechtlichen Quellen uns zur Begriffsbestimmung ein durchaus hinreichendes Material überliefert haben.[6])

Fassen wir die nach dieser Untersuchung gefundenen und jetzt auch praktisch geprüften Resultate noch einmal zusammen, so können wir die höhere Gewalt definiren als

ein in seinem Wesen sich nicht als eine überwiegend-unmittelbare Folge der in der Ausführung des Betriebes oder dessen technischen Bedürfnissen selbst schon begründet liegenden Fährlichkeiten darstellendes zufällige, d.h. in seinem Ursprung von dem Betroffenen unverschuldete, Ereignis,

das, einmal eingetreten, den aus seinem Hineinwirken in den fraglichen Betrieb resultirenden schädigenden Erfolg jedem unter normalen Verhältnissen überhaupt nur möglichen Widerstand oder sonstigem persönlichen Eingreifen des an und für sich Haftpflichtigen, wenn ein solches tatsächlich stattfände, zum Trotz gleichsam mit Naturnotwendigkeit herbeiführen muss,

also weder selbst noch in seinen Folgen mehr unschädlich gemacht werden kann.

Dass die für die Post unter Umständen (s. § III) vorgeschriebene Haftung bis zu den „unabwendbaren Fol-

[6]) Ebenso Baron Arch. S. 290, der jedoch das Material bei weitem nicht ausgenutzt hat und deshalb auch nicht auf den Begriff der Betriebsgefahr gekommen ist; vgl. s. Anm. 146 S. 291.

gen eines Naturereignisses" weiter geht als die bis zur höheren Gewalt ist auf den ersten Blick klar, da hier von vorneherein schon alle durch noch so mächtige Menschengewalt hervorgerufenen Unfälle eine Haftungsfreiheit nicht begründen können (s. dazu Dambach § 6 S. 89-90).

XII.

Wiederholt ist im Vorhergehenden schon von den verschiedenen im Laufe der Zeit über den Begriff der vis maior aufgestellten Theorien andeutungsweise die Rede gewesen, ohne dass dieselben, wegen der verschiedenen Ausgangspunkte und Wege, auf denen die einzelnen Autoren zu ihren Definitionen gekommen sind, einer eingehenden Würdigung unterzogen werden konnten. Dies soll im folgenden nachgeholt werden.

Bereits die Glossatoren (glossa ad l 3 D n.c. st. ut rec. rest. 4,9) teilten sich in zwei Lager: Die einen gingen davon aus, dass die Quellen zwar eine vis cui resisti non possit verlangten, dass es aber andererseits eine absolute Unüberwindlichkeit nicht gebe und dass man deshalb zur Begriffsbestimmung auf das Verhalten des von dem Ereignis Betroffenen diesem gegenüber eingehen müsse: „Etiamsi sine culpa eius res periit" bedeute bloss, dass derselbe sich keiner culpa levissima, die enger als die culpa levis zu fassen sei, schuldig gemacht haben dürfe. Fehle auch jene, sei also das Ereignis selbst durch äusserste Sorgfalt und Vorsicht (diligentia diligentissimi patrisfamilias, s. § II Anm. 5) nicht zu vermeiden gewesen, so liege höhere Gewalt (für die die Glosse, wie auch Baron Pand. § 238 S. 424 zu Unrecht die Bezeichnung casus fortuitus gebrauchen) vor. Die anderen hingegen beriefen sich da-

rauf, dass die Quellen von der Schuldfrage völlig absehen wollten, also eine objektive Begriffsbestimmung verlangten. Sie versuchten deshalb den Begriff aus der inneren Natur der in Betracht kommenden Ereignisse selbst heraus zu erklären, und wollten als vires maiores nur solche Zufälle angesehen wissen, welche sich schon durch ihre äusseren Merkmale als sozusagen unüberwindlich erwiesen.

Die subjektive Ansicht wurde jedoch in der Glosse zur überwiegenden, während später die objektive wieder die Oberhand gewann und bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts herrschend blieb. Man sah nämlich ein, dass jene in ihrer praktischen Anwendung schliesslich immer zu einer Identifizierung von casus und vis maior führen müsse, und suchte deshalb in der Folgezeit wenigstens einzelne objektive Merkmale aufzustellen.[1])

Glück (§ 490 S. 120, wenigstens aus seinen Beispielen zu schliessen), Mommsen (§ 22 S. 253) und Puchta (§ 314 S. 481) verlangen ein „von aussen kommendes" Ereignis, und Sintenis (II S. 694) verstand unter vis maior sogar nur unabwendbare Naturereignisse. Gingen nun Glück, Mommsen und Puchta auch noch vom rein örtlichen Gesichtspunkt aus, so haben sie doch den späteren Verteidigern der objektiven Theorie den Weg gezeigt, während gerade das Pr. Eisenbahngesetz vom 3. 11 1838 durch die Bestimmung seines § 25 Abs. 2 wesentlich mit dazu beigetragen hat, dass, wie heute durchgängig festgehalten wird, die inneren Betriebsfährlichkeiten nicht zur vis maior gerechnet werden. Aber auch das liegt, wie gezeigt, schon in den römischen Quellen begründet.

Die objektive Theorie wurde aber wieder zurückge-

[1]) Vgl. Donelli comment. iur. civ XV 53 § 11 XVI 6 § 12, dazu Exner S. 8—14, Gerth § 3 S. 17—24.

drangt durch die 1860 erschienene geschichtlich-dogmatische Abhandlung über das receptum von Goldschmidt. Davon ausgehend, dass der Rezipient, durch ein ursprünglich ausdrückliches, später aus „gewerbepolizeilichen Rücksichten" gesetzlich fingirtes Garantieversprechen (§ 5 S. 418, § 7 S. 434-440) gehalten, für Restitution „custodiae nomine" hafte (§ 9 S. 447), lässt Goldschmidt ihn einstehen:

1: unbedingt für Handlungen des Personals und der Passagire (§ 6 S. 430),

2: bedingt für Handlungen Dritter, nämlich nur für furtum und damnum (§ 6 S. 431-433), und hierfür auch nur insoweit, als dies „die Rücksicht auf den Grundgedanken des Instituts des receptum und die bezweckte strenge Haftung nach vernünftigem Ermessen des Richters im Einzelfall erfordere." Was darüber hinausgehe, soll vis maior (damnum fatale) sein (§ 9 S. 449-450). Mit besonderer Berücksichtigung des Frachtführers fasst er dann das Ergebnis (Anhang S. 486) dahin zusammen, dass derselbe ex recepto vermöge der noch besonders übernommenen custodia zur Anwendung auch aussergewöhnlicher, durch die Umstände irgend indizirter Vorsichtsmassregeln verpflichtet sei und schlechthin hafte, sofern nur deren Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht habe.

Abgesehen davon, dass Goldschmidt (§§ 8,9 S. 440-449, vgl. dazu die Ausführung im § IX) den Begriff der custodia zu eng fasst, stimmt auch seine Auslegung des „omnimodo tenetur etiamsi sine culpa eius res periit" mit dem klaren Wortlaut der Quellen nicht überein, da er, ähnlich wie nach ihm Gerth, diese Voraussetzung nur auf die schlechthin verpflichtenden facta der Gehülfen und Passagire bezogen wissen will, „ohne dass im Uebrigen dadurch die Frage nach der Verschuldung

für unbedingt irrelevant erklärt wäre." Praktisch wird seine Theorie, gleichwie die relative der Glosse, stets auf die Verschuldungshaftung ex locato zurückkommen; denn was sind „auch ausserordentliche, durch die Umstände irgend indizirte Vorsichtsmassregeln" anders als die besonderen Schutzmassregeln, die jeder Betrieb mit Rücksicht auf seine Eigenart schon haben muss?[2])

Diese Theorie ist lange Zeit hindurch die herrschende geblieben und besonders von Dernburg übernommen und weiter ausgebildet worden; aber auch von diesen späteren Vertretern der subjektiven Theorie gilt das über Goldschmidt Gesagte. Davon ausgehend, dass nach den Quellen die gesteigerte Haftung nur von Gewerbeunternehmern verlangt wird, führt Dernburg[3]) aus:

> Wer bloss einen Kontrakt schliesst, genügt seiner Pflicht, wenn er im gegebenen Fall alle Umsicht des ordentlichen Mannes anwendet. Wer aber das Gewerbe eines Frachtführers oder Wirtes betreibt, eine Eisenbahn im Betrieb hat, dem liegt mehr ob. Er soll dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen treffen, um diejenigen, welche mit ihm kontrahiren, oder auch Dritte gegen Schaden zu sichern, falls er denselben vernünftigerweise voraussehen und ihm zweckmässigerweise begegnen konnte. Vis maior ist, was die menschliche Kraft übersteigt; darunter ist zu verste-

[2]) S. Entsch. des R. G. v. 30. 12. 82 in Bd. 8 S. 149–152, dazu die Ausführungen über die Sorgfalt eines ordentlichen Berufsgenossen im § II und unten Anm. 4. Gegen Goldschmidt vgl. besonders Weis S. 365–367 Brinz II § 269 S. 272–273 insbes. Anm. 34, Exner S. 18–24, Hafner S. 9–19, Th. Engelmann S. 163–164 Gerth § 8 S. 106–111, Hollander § 1 S. 7–8, R. Merkel S. 208–209, Michelsohn S. 16–17. Kritiklos hat sich in allem der Goldschmidt'schen Theorie angeschlossen Häbler S. 5–13.

[3]) Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs 2. Aufl. 1880 Bd. II § 69 S. 158–160, in Grünhut's Zeitschrift S. 340–342, Pandekten II § 39 S. 108–109, B. R. II 1. Abt. § 69 S 148–149.

hen, was an menschlicher Kraftentwicklung mit Recht gefordert werden kann. Das ist in der Regel diligentia. Bei den Gewerbebetrieben des Wirtes etc. ist es mehr, nämlich Veranstaltung tunlichst das Publikum sichernder Anlagen.

Aber auch dies bedeutet weiter nichts als die für die einzelnen Berufe spezialisirte Sorgfalt eines ordentlichen Berufsgenossen, die auch zur Schaffung besonderer schützender Einrichtungen verpflichtet.[4]) Wer diese versäumt, haftet nicht bloss, wie Dernburg meint, wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen, sondern wegen Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Wirtes, Frachtführers, Schiffers, Eisenbahnunternehmers, selbst wenn ihm auch im gegebenen Fall sonst kein Vorwurf gemacht werden kann.

Diesem Mangel glauben die neueren Theorien durch ihre, meist nur vermeintlich, objektiven Begriffsbestimmungen zu entgehen. Weis geht von der richtigen Annahme aus, dass der Prätor bei der Aufstellung des Ediktes sich von der Ansicht habe leiten lassen, dass gerade der Fremdenverkehr mit Rücksicht auf die Hülflosigkeit der Reisenden, die sich an fremden Orten weder das Personal auswählen noch überhaupt einen Einfluss auf

[4]) § 120 a G. O., auch §§ 618 B. G. B. und 62 H. G. B. verlangen dieselben zwar noch überflüssigerweise besonders, trotzdem »der Gewerbetreibende schon vermöge der ihm aus der conductio obliegenden Diligenz für die Sicherheit und Gesundheit der von ihm beschäftigten Arbeiter ebenso zu sorgen hat, wie der Mieter für Integrität der anvertrauten Sachen", wie das R. G. in s. Urteil v. 30. 12. 82 in Bd. 8 S. 149—152 unter Bezugnahme auf den § 120 a mit Recht sagt, so dass sich also Dernburg bei Grünhut S. 344—345 zu Unrecht auf den § 120 a zur Stütze seiner Theorie beruft. Vgl. gegen ihn besonders Exner S. 28—29, Hafner S. 29—34, Hölder S. 535, Gerth § 8 S. 112—117, Gelpcke S. 363—367, Biermann in d. V. d. D. J. T. IV. S. 113, Michelsohn S. 16—18. Dernburg,s zuerst in s. Pr. Pr. R. entwickelte Theorie ist offenbar im Anschluss an die Bestimmungen der §§ 447, 1734, 1735 8. Tit. 2. Teils A. L. R. entstanden und für dieses, das eine höhere Gewalt nicht kennt (s, § III) wohl massgebend.

den in Betracht kommenden Betrieb, dem sie sich anvertrauen müssten, ausüben könnten, eines besonderen Schutzes und einer weitgehenden Garantie hinsichtlich der unversehrten Rückgabe ihrer Effekten bedürfe (S. 289-290); dementsprechend habe er ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld (S. 362) den Rezipienten im Prinzip eine unbeschränkte Haftung auferlegt, die jedoch von selbst da aufhören müsse, wo prinzipiell eine menschliche Verantwortlichkeit überhaupt aufhöre, d.h. in den Fällen der vis maior, und zu diesen rechnet Weis auf Grund der Quellen: Naturereignisse, quae vim habent divinam, und was dem gleichbedeutend zu betrachten sei: cui nulla ope occurri possit, wohin notwendig auch menschliche Gewalt falle, der unter den Umständen, unter denen sie erfolge, keine hinreichende Macht entgegengesetzt werden könne (S. 367—368).

Baron legt wieder das Hauptgewicht darauf, dass der Rezipient nach den Quellen ohne Rücksicht auf Verschulden custodiae nomine hafte (Arch. S. 237), und kommt zu dem Schlusse, dass, da custodia adversus vim, cui resisti non possit, nichts nütze (S. 226), zur vis maior alles zu zählen sei, „was nach den Verkehrsbegriffen als unüberwindlich zu gelten habe" (S. 294). In ähnlicher Weise kommt Bruckner, der ebenfalls die Verpflichtung zur custodia zum Ausgangspunkt nimmt, zu seiner Begriffsbestimmung. Er rechnet zur vis maior (§ 5 S. 41, § 33 S. 282-284) alle Unfälle, gegen welche es, sei es wegen der Gewalt oder wegen der Plötzlichkeit, mit der sie auftreten, nach allgemeiner Erfahrung überhaupt kein Mittel der Abwehr gebe oder nur ein solches, dessen Anwendung mit Rücksicht auf den damit verbundenen Aufwand ausgeschlossen sei.

Fischer geht (S. 26-28) von dem Grundsatz des römischen Recht aus, dass der Schuldner zwar sonst durch

kasuelle Ereignisse befreit werde, das receptum aber über Verschulden hinaus bis zu übermenschlichen Ereignissen (vires divinae) haften lassen wolle. Ein solches liege aber nur bei casus cui humana infirmitas resistere non possit vor, denen gegenüber „Menschenkraft und Menschenwitz ohne weiteres ohnmächtig und hülflos seien," d.h. bei typisch (prima facie) unüberwindlichen (unabwendbaren) Ereignissen (S. 73-75). Er behauptet dementsprechend, dass vis maior nur dann anzunehmen sei, wenn die Unmöglichkeit der Leistung durch ein schädigendes Ereignis hervorgerufen werde, das derart auftrete, dass Menschenkräfte überhaupt nichts dagegen vermöchten, seine schädigende Wirkung nicht abwenden könnten. (S. 76).

Da aber auch er einsieht, dass es eine absolute Unüberwindlichkeit kaum geben kann, stellt er der absoluten vis maior solche Unfälle gleich, bei denen eine Abwendbarkeit nur möglich wäre durch Schaffung derartig komplizirter Vorkehrungseinrichtungen, dass der dadurch erforderliche Aufwand in gar keinem Verhältnis zum Betrieb und dessen Erträgnissen stehen würde (S. 77).

Wie auf den ersten Blick, namentlich an den Einschränkungen bezüglich der Erfordernisse an die Widerstandskraft zu sehen, kommt man auch mit diesen Definitionen nicht weiter; auch sie müssen mit ihrer Rücksicht auf die „nach den Verkehranschauungen oder gar Betriebserträgnissen füglich zu erwartenden Aufwendungen" zur reinen Culpahaftung des ordentlichen Rezipienten zurückkommen.

Anders die Exner'sche Theorie. Er nimmt als ratio legis die angebliche Absicht des Prätors an, durch Einführung des receptum im Interesse des Verkehrs zu Lasten des Rezipienten den für den Beschädigten regelmässig vorliegenden Notstand bezüglich der Erbrin-

gung des Beweises einer Schuld auf Seiten des Unternehmers durch Eliminirung der Schuldfrage zu beseitigen (S. 40-50), und verlangt deshalb, da eine Klarheit des Sachverhaltes nur bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Schuldlosigkeit gegeben sein könne (S. 83), von dem Rezipienten, dass er, um sich von der Haftung zu befreien, ein Ereignis dartue, „dessen kasueller Charakter prima facie evident sei" (S. 54). Dies sei aber nur bei solchen Ereignissen der Fall, die

1. ausserhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hineinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hätten und welche
2. dazu vermöge der Art und Wucht ihres Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigen (S. 63-67, 73-78, 86).

Dabei fasst er den Begriff „Betriebskreis" im weitesten Sinne auf (S. 63) und versteht das „ausserhalb" rein örtlich.

Abgesehen davon, dass dies, wie auch die „Ausserordentlichkeit" des Ereignisses als unbedingte Erfordernisse des Begriffs keine Bestätigung in den Quellen finden (s. §§ IX, X), baut Exner seine ganze Theorie auf einer falschen Grundlage auf, da der Beweisnotstand mit Rücksicht auf die Vorschriften der l 9 § 4 D loc. cond. 19,2 und l 5 C de pign. act. 4,24 für die Einführung des receptum nicht massgebend gewesen sein kann; die wirklichen Gründe geben vielmehr l 1 § 1 l 3 § 1 D n. c. st. ut rec. rest. 4,9 an. Zudem würde die praktische Anwendung seiner Theorie, wie er übrigens auch selbst (S. 53,62) zugibt, zu exorbitanten Härten führen, die sicher nicht im Sinne der gesetzlichen Vorschrift liegen — man vergleiche den Fall der Thomasuhr —, dazu

aber gibt auch sie, wie selbst sein Anhänger Hölder (S. 535 - 536) zugesteht, namentlich im Hinblick auf das zweite Erfordernis, durchaus keinen absolut untrüglichen Massstab.[5]) Auf jeden Fall aber gebührt Exner das Verdienst, die Schwächen der subjektiven Theorie in überzeugender Weise aufgedeckt und den Begriff der Betriebsgefahr wieder energisch zur Geltung gebracht zu haben, sodass er seitdem, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht mehr aus Theorie und Praxis verschwunden ist.

Im Anschluss an die in den Allg. Motiven zum R.H. Pfl.G. (s. bei Eger R.H.Pfl.G.S. XVI) niedergelegte Begründung der erhöhten Haftung, wonach der Grösse der mit dem Eisenbahnbetrieb verbundenen Gefahren und dem Vertrauen, mit dem das Publikum auf die — seiner Kontrolle gänzlich entzogenen — Einrichtungen und Anordnungen der Eisenbahnverwaltung sich

[5]) Schwierigkeiten bereitet Exner (S. 64—65) selbst z. B. der Fall dass ein Lokomotivführer vom Schlag getroffen wird und der führerlose Zug infolgedessen in einen Abgrund stürzt. Er rechnet ihn zu den inneren Betriebsunfällen und zwar mit der Begründung, dass auch selbst durch Aerzte nicht unzweifelhaft festgestellt werden könne, ob nicht doch der Betrieb selbst an dem Unfall mit schuld sei; vielleicht sei der Mann infolge seiner Körperkonstitution nicht mehr zum Dienst brauchbar gewesen, vielleicht auch habe die Bahn ihm nicht einen tauglichen Vertreter für Notfälle beigegeben, vielleicht auch sei der Schlag durch die Aufregungen des Dienstes hervorgerufen oder doch befördert worden. Man sieht also, dass auch selbst Exner hier im Urgrund wieder auf eine culpa des Haftpflichtigen zurückkommt. Tod durch Blitz will er dagegen als vis maior gelten lassen.
Exner's Theorie schliessen sich im Resultat völlig an Hafner (S. 65—71), der jedoch als Grund nicht den Beweisnotstand, sondern eine Zwangsversicherung annimmt (S. 56—58) und Hölder (S. 534—535), der das receptum eine Versicherung gegen die dem Betrieb eigentümlichen Gefahren enthalten lässt.

Vgl. gegen Exner besonders Windscheid II § 384 Anm. 6 S. 401, Gerth § 9 S. 122—145, Hollander § 1 S. 8—11, Gelpcke S. 360—363, Cosack H. R. § 90 S 449, Knauer § 42 S. 127—128, Michelsohn S. 12, 25—27. — Auch die Motive z. B. G. B. II S. 585 und die Denkschrift S. 91 geben, im Hinblick auf § 282 B. G. B, sonderbarerweise, ebenfalls den Beweisnotstand der recepti als Grund der im § 701 für den Gastwirt aufgestellten Haftung an.

zu verlassen genötigt sei, das höchste Mass der Verantwortlichkeit auf Seiten des Unternehmers entsprechen müsse,

scheidet auch Unger (Jahrb. Bd. 30 S. 409-417) unter Zurückgehen auf die römischen Quellen vom Begriff der höheren Gewalt diejenigen Unfälle, die „aus der eigenen Schuld des Betriebs entstehen," d.h. die reinen Betriebsgefahren aus, und rechnet zur vis maior nur Ereignisse, „die von aussen her störend auf den Bahnbetrieb einwirken," falls dieselben in concreto unabwendbar sind,[6]) Er bezeichnet diese Definition selbst als die Formulirung

[6]) Zu analogen Resultaten kommen auf dem gleichen Wege Volkmar S. 51—79 und, wenigstens für die moderne Gesetzgebung, Weinand S. 13-24 im Anschluss an die Motive z. B. G. B. I. S. 317—318 II S. 585, die nach ihm, dem Sinn ihrer Ausführungen zufolge, das receptum des B. G. B. als eine Haftung für die speciellen Betriebsgefahren begründen; ferner auch, jedoch nur für das Reichshaftpflichtgesetz, Gelpcke S. 375—383 und Schey S. 55—56. Unger stellt ebenfalls die obige Theorie nur für das R. H. Pfl. G. auf, während er sich S. 418—419 Anm. 150 hinsichtlich des receptum zur absoluten Theorie Exner's bekannt und dafür zum Begriff „in abstracto unabwendbare Zufälle" fordert.

Rümelin Zufall S. 31—40 geht von seinem Prinzip der Gefährdungshaftung (Schadenszurechnung S. 45—56, 83—85) aus und verlangt auf Grund dessen, dass der Gewerbeunternehmer für alle generell voraussehbaren, d. i. die Betriebsgefahren einstehen müsse. Er kommt zu dem Schluss, dass unter die höhere Gewalt

1. alle Unfälle, die nicht Betriebsgefahren sind,
2. aber auch die nicht voraussehbaren und
3. sogar die unabwendbaren Betriebsgefahren fallen. Dass dies aber nichts weiter ist als die reine Culpahaftung ist sofort klar, da hier wie kaum bei einer anderen Theorie, der Nachdruck auf die subjektive Seite gelegt wird. Gibt Rümelin doch (Zufall S. 38, 40) sogar ausdrücklich an, dass der Begriff der vis maior stets mit Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit des jeweilig in Betracht kommenden Betriebs bestimmt werden müsse.

Auch die Stintzing'sche Theorie, die er übrigens S. 463 selbst bloss eine Modifikation der subjektiven nennt, ist ähnlich. Er argumentirt: Jeder Schuldner habe die Pflicht mit Vorhersicht und Vorsicht den ursächlichen Bedingungen schädigender Ereignisse nachzugehen und ihnen entgegenzuwirken. Letzteres sei aber nur möglich, wenn er das Ereignis voraussehen könne oder müsse. Dieses sei zu verlangen bei solchen Vorkommnissen, mit deren Eintritt nach Lage der Umstände der ganze Verkehr rechne. Was darüber hinaus liege, sei unüberwindlich. vis maior (S. 455—465); für das Reichshaftpflichtgesetz ergebe dies die Verantwortlichkeit für die Betriebsgefahren.

des Pr. Eisenbahngesetzes vom 3. 11. 38, und geht dementsprechend (s. § X Anm. 7) insofern fehl, als er das resisti non posse der Quellen nicht berücksichtigt.

Auf einem ähnlichen Standpunkt stehen jetzt auch die Praxis und deren Schriftsteller. Von denselben Ansichten bezüglich der Begründung der verstärkten Haftung ausgehend, lässt z.B. Eger den Unternehmer einstehen

1. unbedingt für seine eigenen Handlungen sowie die Funktionen seiner Betriebsmittel und die Handlungen seiner Dienstorgane (den „inneren Zufall," wie er diese Zusammenfassung nennt),
2. bedingt auch für die Handlungen Dritter Personen und Naturereignisse, nämlich insoweit als diese Handlungen bezw. Ereignisse durch menschenmögliche, nach den Umständen gebotene Vorsicht mit vernünftigen Mitteln überhaupt abgewendet oder in ihren Folgen unschädlich gemacht werden können (den „äusseren Zufall").[7])

Schon eine oberflächliche Betrachtung der von Eger für seinen äusseren Zufall aufgestellten Erfordernisse zeigt, dass hier auch nur von einem einigermassen objektiven Anhalt keine Rede sein kann, das Ganze vielmehr auf das Einstehen für die gewöhnliche Sorgfalt hinauslaufen muss.

Unter eingehender Benutzung und Würdigung des in Frage kommenden reichsrechtlichen Materials gelangt Knauer (§ 40 S. 98-116) ,sich als Gegner der subjektiven Theorie bekennend (§ 37 S. 93-94), zu dem Schluss, dass die Haftung ex recepto dort aufhören müsse, wo die äusseren, nicht im Betrieb selbst liegenden zum Erfolg mitwirkenden Ursachen eine solch' hervorragende

[7]) Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 112. 117, 121, E. V. O. § 75 S. 487—488; im Wesentlichen damit übereinstimmend Gareis vis maior S. 1149—1151, Gareis-Fuchsberger Art. 395 S 826, Gerber § 201 S. 341, Staub II § 456 S. 1561, Lehmann-Ring II § 456 S. 378—379, Planck I § 203 S. 254, Cosack H. R. § 90 S. 449, auch Bähr S. 410.

Stellung gegenüber den Betriebshandlungen einnähmen, dass nicht diese, sondern jene äusseren Ursachen sich als essentielle für den Erfolg darstellten. Deshalb soll der Unternehmer nicht für ungewöhnliche Ereignisse, d.h. solche, mit denen er in seinem Betrieb nicht zu rechnen braucht, haften, sodass sich nach Knauer (§ 42 S. 117-132) die höhere Gewalt darstellt als die im Allgemeinen (generell) nicht vorhersehbare Ursache eines sich als Zufall darstellenden Schadens, bei welchem Schaden nicht eine durch die Kenntnis jener Ursache unbeeinflusste Handlung des an sich Haftpflichtigen mitgewirkt hat.

Auch diese Formulirung lässt ein wirklich objektives Merkmal nicht erkennen und würde, praktisch durchgeführt, ebenfalls in der reinen Culpahaftung aufgehen, wenn aus den vorhergehenden Ausführungen Knauer's nicht ersichtlich wäre, dass er den Unternehmer zum Mindesten für die reinen Betriebsgefahren haften lassen will. Zudem nimmt auch er auf das resisti non posse der Quellen nicht im Geringsten Rücksicht.[8])

[8]) Engelmann argumentirt in seiner Custodia S. 153—162: Vis maior ist eine Spezies des casus, dieser der in concreto unverschuldete Unfall; vis maior aber ein solcher casus, cui resisti non potest, d. h. ein Unfall, der, sei es wegen der Plötzlichkeit seines Auftretens oder wegen der ihm innenwohnenden Gewalt, die Wahrscheinlichkeit der Schuldlosigkeit des Betroffenen für sich hat. Deshalb wird hier zur Vereinfachung des Beweises bei bestimmten Vertragsverhältnissen bis zum Nachweis des Gegenteils angenommen werden müssen, dass hier keine Schuld des sonst Haftpflichtigen vorliegt, d. h. casus ist der in concreto (d. i. nachweislich), damnum fatale der in abstracto (d. i. vorbehaltlich des Gegenbeweises) unverschuldete Schaden. — Diese Theorie, die übrigens auch keine Anhaltspunkte für das, was in abstracto unverschuldet sein soll, gibt, würde in die Praxis umgesetzt das gerade Gegenteil von dem, was das receptum beabsichtigte, bewirken, da sie den Rezipienten ausgesprochen in vielen Fällen von dem in obligatorischen Verhältnissen sonst geforderten Nachweis der Schuldlosigkeit umgekehrt ohne weiteres befreien würde.

Eine eigentümliche, übrigens schon von Stucki S. 31 ihrem Wesen nach angeschnittene Theorie hat Michelsohn S. 41—47 entwickelt. Er knüpft an die l 15 § 2 D loc. cond. 19,2 an und sagt: Gleich wie es gerecht sei, dass der Pächter, wenn ihm die ganze Ernte durch vis maior vernichtet worden sei, aus sozialen Gründen zu diesem

Recht bezeichnend sind die Wandlungen, die die Praxis in ihrer Stellungnahme zu dem Begriff der höheren Gewalt durchgemacht hat, da sie, wie die nachfolgende Auslese der wichtigsten Urteile ihrem Inhalt nach bezeugen wird, den ganzen Streit der Theorie wiederspiegeln:

Das R.O.H.G. (Urteil v. 4. 5. 71 in Bd. 2 S. 247 unter ausdrücklicher Berufung auf Goldschmidt) und das R.G. (Urt. v. 5. 11. 80 in Bd. 2 S. 246-247) definiren, völlig unter dem Einfluss der subjektiven Theorie stehend, beinahe wörtlich übereinstimmend die höhere Gewalt als

ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äusserste, nach Lage der Sache vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehrendes noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereignis,[9]) und in seinem Urteil vom 5. 2. 73 in Bd. 8 S. 159-164 hat

Schaden nicht auch noch den Pachtzins zahlen müsse, ebenso sei es billig, dass der Rezipient bei Vorliegen von höherer Gewalt, die ihn so gut wie den Gast oder Passagir getroffen habe, zu seinem Verlust nicht auch noch den Schaden der recepti trage, selbst wenn er auch der wirtschaftlich Stärkere wäre. Nicht auf die vis, sondern das damnum komme es an: den durch einfachen casus hervorgerufenen kleinen Schaden könne der Rezipient wohl tragen, nicht aber den durch vis maior verursachten grossen Unfall. Zunächst treffen die Voraussetzungen, auf die Michelsohn seine Theorie aufbaut, nicht zu: ein einfach-kasueller Schaden kann ebenso gross sein und ebenso gut den Rezipienten selbst auch getroffen haben wie der durch vis maior hervorgerufene. Dann geben die Quellen auch durchgängig nicht Beispiele des damnum fatale, sondern der vis maior, legen also selbst das Hauptgewicht auf die Ursache und nicht die Wirkung. Darüber dass die modernen Gesetze von einem Schaden, der durch höhere Gewalt verursacht ist sprechen, kommt Michelsohn mit der Behauptung hinweg, dass dieselben sich ganz falsch ausdrückten! Die l 15 § 2 und die analoge l 25 § 6 D 19,2 sind zu Gunsten des Kolon geschaffene agrarpolitische Ausnahmegesetze, nach denen es, wie sie selbst sagen, allerdings auf den Umfang des Schadens ankommt, die aber nicht auf andere Verhältnisse übertragen werden dürfen.

[9]) Auf diesem ganz rein subjektiven Standpunkt stehen insbesondere Thöl III § 27 S. 40—41, A. Engelmann § 76 S. 203, Gareis der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900 § 203 S. 243, im Gegensatz zu seinen Ausführungen in Rechtslexikon und Handelsgesetzbuch (s. oben Anm. 7), ferner Stucki S. 25 - 35 und Sohm § 83 S. 392, welch' letztere beiden die vis maior kurzweg als den »unabwendbaren Zufall« definiren (vgl. dazu unten Anm. 13).

das R. O. H. G. die Ansicht des Vorderrichters, dass höhere Gewalt eine äussere Macht, ein unabwendbares Natur- oder anderes Ereignis, dem menschliche Kräfte nicht widerstehen könnten, sei, als die „ältere strengere" zu Gunsten der „neueren" (Goldschmidt'schen) Theorie verworfen und ausgeführt, dass sich, ob ein bestimmtes Ereignis vis maior sei, nicht nach absolutem Massstab bestimmen lasse, sondern nach der Besonderheit des Falles beantwortet werden müsse, dass aber die bejahende Antwort die Existenz zweier objektiven Requisite voraussetze, nämlich

1. Die Unabwendbarkeit des Ereignisses durch die nach Lage der Sache gebotene Vorsicht und

2. die Unüberwindlichkeit des eingetretenen Ereignisses resp. seiner Schadensfolgen durch menschliches Bemühen.

Wenn man sich auch mit diesem letzten Erfordernis — das erste gehört nicht zur Begriffsbestimmung: s. § IX — im Prinzip einverstanden erklären kann, so lässt uns leider auch das R.O.H.G. mit dem Massstab, an dem dieses menschliche Bemühen zu bemessen wäre, im Stich, so dass es hier ebenfalls wieder auf den Standpunkt seiner früheren Entscheidung praktisch zurückkommen muss.

Nicht einmal das Merkmal der Betriebsgefahr hat es aufkommen lassen, ja sogar die, wenigstens im Ansatz, darauf hinauslaufende Entscheidung des Vorderrichters ausdrücklich zurückgewiesen. Erst in den nach dem Erscheinen der Exner'schen Abhandlung ergangenen Entscheidungen ist der Gedanke der Haftung für die inneren Betriebsfähigkeiten, als nicht zur höheren Gewalt gehörig, endgültig zur Anwendung gekommen[10]) und seitdem

[10]) S. die § X vor Anm. 9 aufgeführten Entscheidungen; gerade die Ausführungen des Urteils vom 5. 1. 87 haben sich Fuchsberger § 456 S. 1203 und Dambach § 11 S, 126 zu eigen gemacht und mit ihnen übereinstimmend ihre Definition der höheren Gewalt getroffen.

beibehalten worden, während sich darüber hinaus die Urteile[11]) noch immer in den verschwommenen, jedes einigermassen festen Merkmals entbehrenden Ausführungen der subjektiven Theorie bewegen, trotzdem das Reichsgericht in der Entscheidung vom 5. 1. 87 (Bd. 19 S. 37-43) selbst indirekt eingestehen musste, dass die Bekämpfer der Goldschmidt'schen Ansicht nicht ganz Unrecht hätten, wenn sie sagten, dass man auf Grund derselben, da man bei ihr nur von einer von einem gesteigerten Diligenzbegriff aus geforderten Fürsorge und Vorkehrung ausgehe, stets zur Culpahaftung zurückkommen müsse.

Tatsächlich ist dies aber auch, wie wiederholt hervorgehoben worden ist, der Fall. Der grosse Fehler der subjektiven Theorie, in ihren verschiedenen Schattirungen, ist eben der, dass sie auf das „etiamsi sine culpa recipientes res periit vel damnum datum est, omnimodo tenetur" der Quellen und deshalb auf objektive Merkmale zu wenig oder gar keinen Wert legt, zugleich aber auch das schadenbringende Ereignis, die vis maior, und den Unfall, das damnum fatale, nicht genügend auseinanderhält, vielfach, im Gegensatz zu den Quellen, an Stelle jener dieses definirt, damit die Frage nach der Unüberwindlichkeit mit der nach der Abwendbarkeit verquickt und so auch nicht zu einer objektiven Bestimmung kommen kann. Die Unabwendbarkeit ist lediglich nach dem allgemeinen Massstab der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers, die Unüberwindlichkeit aber aus dem Ereignis selbst heraus zu beurteilen. Für sich muss der „äussere Zufall' des § 25 Pr.Ges. v. 3. 11. 38 und die vis maior des römischen und Reichsrechts be-

[11]) Vgl. die vielen bei Eger R. H. Pfl. G. § 1 S. 113—130 und Gerth § 12 S. 190—209 aufgeführten Entscheidungen.

stimmt, und für sich muss untersucht werden, ob der Unternehmer die ihm mit Rücksicht auf seinen Beruf allgemein obliegende Sorgfalt in der Vermeidung, der Abwendung des Eintritts des Ereignisses oder dessen Folgen auch tatsächlich beobachtet hat. Nur so lässt es sich verhüten, dass ein und dasselbe Ereignis mit Rücksicht auf denselben Betrieb bald als höhere Gewalt, bald als einfacher Zufall angesehen werden muss, nur so lässt sich überhaupt der Begriff, wie es die Quellen verlangen, objektiv bestimmen.

Derselbe Fehler findet sich aber auch bei den sogenannten objektiven Theorien wieder. Da sie bezüglich des zu verlangenden Widerstandes dem Ereignis gegenüber nicht einen kurz bestimmten Zeitraum in's Auge fassen, müssen auch sie wieder auf die Frage, ob das Ereignis abzuwenden war oder nicht, zurückgehen. Und indem sie diese Abwendbarkeit bald nach der „Voraussehbarkeit des Ereignisses," bald nach den „vernünftigerweise oder gemäss den Verkehrsanschauungen oder gar dem Betriebserträgnis füglich zu erwartenden Mitteln" beurteilen wollen, gelangen auch sie auf dem Wege über die subjektive Theorie wieder zur Culpahaftung zurück. [12]) „Vernünftigerweise" und „nach den Verkehrsanschauungen" erwartet werden können eben nur die Mittel, die ein Unternehmer infolge der ihm mit Rücksicht auf seinen Betrieb obliegenden Sorgfalt und Berufspflicht an sich schon aufbieten muss; mag eine Bahn noch so leistungsfähig sein, so braucht sie doch keine bombensicheren Güterschuppen zu bauen oder die

[12]) Vgl. Gerth §§ 9, 10 S. 119—158. Dasselbe gilt auch für die Schneider,sche Formel S. 381: »vis maior ist der abstrakt und konkret, objektiv und subjektiv, nach menschlichen Verhältnissen unabwendbare, unverschuldete Unfall«, die entweder fast gar nichts, ausser etwa die Vergänglichkeit aller Materie und vielleicht noch gewaltige plötzlich auftretende Erdbeben, oder aber jedes unverschuldete Ereignis ein damnum fatale sein lässt.

Strecke auf beiden Seiten mit unübersteigbaren Mauern zu umschliessen. Versäumt der Unternehmer jene Sorgfalt, wendet er die danach erforderlichen Mittel nicht auf, so ist er eben in culpa. Ist etwas nicht voraussehbar, so wird es meist auch nicht abgewendet werden können. Konnte es aber bei gehöriger Sorgfalt vorausgesehen werden, so ist der Unternehmer auch verpflichtet, es abzuwenden; unterlässt er dies, trotzdem man es „vernünftigerweise" erwarten konnte, so ist er eben wieder in culpa.

Diese Art der Haftung würde nichts anderes bedeuten als die der Eisenbahn nach § 466 H.G.B. Hiernach haftet dieselbe nämlich für den durch Versäumung der Lieferfrist entstehenden Schaden, wenn sie nicht nachweist, dass die Verspätung von einem Ereignis herrührt, das sie weder herbeigeführt hat noch [13]) abzuwenden ver-

[13]) Natürlich mit »vernünftigen Mitteln." Wenn Staub II § 466 S. 1576 diesbezüglich verlangt, dass das Ereignis nicht bloss durch gehörige Sorgfalt, sondern überhaupt nicht abzuwenden gewesen sein müsse," so fehlt zur Beurteilung dessen jeder Massstab. Absolut unabwendbar, unvermeidlich ist eben auch fast nichts. Die höchste verlangbare menschliche Leistungsfähigkeit zeigt sich in der Vertretung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (s. § 11 Anm. 5). Mit Recht sagen denn auch Lehmann-Ring II § 466 S. 395, »dass nicht eine absolute Unabwendbarkeit, sondern nur die nach Lage des Betriebs," d. h. eben die bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Eisenbahnunternehmers mögliche, gefordert werde. Und ebenso definirt Unger Jahrb. Bd. 30 S. 417 die Unabwendbarkeit seiner äusseren Betriebsunfälle dahin, „dass der Unternehmer den Entlastungsbeweis führen müsse, dass er in dem gegebenen Fall alle durch die Umstände gebotene Sorgfalt eines ordentlichen Betriebsführers aufgeboten habe, um den Schaden zu verhüten," und so ist auch die Unabwendbarkeit (Unvermeidlichkeit) des »äusseren Zufalls" des Allgem. Landrechts und des Pr. Eisenbahngesetzes (s. oben hinter Anm. 6) und der Zufälle der Prozessordnungen (§ XIII) zu verstehen; vgl. ebenso auch Gelpcke S. 363—367, 383—384 und Biermann in d. V. d. D. J. T. IV S. 112.

Gerade dadurch, dass das A. D. H. G. B. die Artt. 560 Abs. 2, 607 Abs. 2 und das H. G. B. den § 466 mit ihren subjektiven Erfordernissen den Vorschriften der Artt. 395, 607 Abs. 1 bezw. des § 456 gegenüberstellt, geben sie zu verstehen, dass sie für die höhere Gewalt eine von der Frage nach einem, wenn auch noch so geringen Verschulden völlig losgelöste, d. h. rein objektive Begriffsbestimmung haben wollen.

mochte.

Tatsächlich hat denn auch Gareis in seinem Kommentar zum Allg. Teil B.G.B. (§ 203 S. 243), von seinem Standpunkt (s. oben Anm. 9) aus konsequent, den Schritt getan und die Haftung bis zur höheren Gewalt der aus § 466 H.G.B. gleichgestellt, dass jene aber etwas anderes bedeutet, zeigt allein schon ihre Festsetzung im § 456 desselben Gesetzes.

XIII.

Betrachten wir nun zum Schluss noch die Fälle, in denen der Begriff der höheren Gewalt ausserhalb des Zusammenhangs mit der Haftung und Ersatzpflicht Bedeutung hat.

Hier kommt zunächst § 49 G.O!. in Betracht. Nach ihm kann bei Erteilung der Genehmigung einer Anlage der insbesondere im § 16 dess. Ges. bezeichneten Arten von der genehmigenden Behörde den Umständen nach eine Frist gesetzt werden, binnen welcher die Anlage bei Vermeidung des Erlöschens der Genehmigung begonnen und ausgeführt und der Gewerbebetrieb angefangen sein muss. Doch kann nach Abs. 2 § 49. eine Verlängerung der Frist von der Behörde bewilligt werden, sobald erhebliche Gründe nicht entgegenstehen, und die nachgesuchte Fristung darf gemäss Abs. 4 § 49 für die im § 16 aufgeführten Anlagen so lange nicht versagt werden, als . . . . . infolge höherer Gewalt der Betrieb entweder gar nicht oder nur mit erheblichem Nachteil für den Inhaber oder Eigentümer der Anlagen stattfinden kann.

Weiter ist nach dem Vorbild des § 157 B.G.B. f.d. Krch. Sachsen auf Grund des § 203 B.G.B., dessen Vor-

schrift auch sonst noch entsprechende Anwendung findet — vgl. einen ähnlichen Fall in 19 D ex quib. caus. maior. XXV ann. in int. rest. 4,6 — die Verjährung gehemmt, solange der Berechtigte innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung verhindert ist.

Ist der Erbe durch höhere Gewalt verhindert worden, das Inventar rechtzeitig zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung der Inventarfrist zu beantragen (s. § 1995), so hat ihm auf seinen Antrag das Nachlassgericht gemäss § 1996 B.G.B. eine neue Inventarfrist zu bestimmen.

Es handelt sich hier also nicht um eine durch den Nachweis der höheren Gewalt zu beseitigende Ersatzpflicht, sondern um die Frage, in welchen Fällen gewisse an die Unterlassung einer bestimmten Handlung innerhalb einer vorgeschriebenen Frist geknüpften nachteiligen Rechtsfolgen aus Billigkeitsrücksichten nicht eintreten oder wieder rückgängig gemacht werden sollen. Hier kommt also allein oder doch vorwiegend das Interesse nur einer Partei in Betracht, während in der Lehre von der Haftung die gleichwertigen Interesssen mehrerer sich gegenüber stehen. Im Gebiet der Schadenshaftung sind es gerade die Rücksichten auf die Natur des in Betracht kommenden Betriebs, insbesondere die mit demselben schon an sich für Dritte verbundenen Gefahren, die vornehmlich die weitgehende Verantwortlichkeit begründen, während in den hier vorliegenden Fällen, da eine Personenbeziehung in dieser Weise nicht statthat, jener Gesichtspunkt nur insoweit massgebend sein kann, als die Fristeinhaltungshindernisse, die in der Person des Berechtigten selbst, ohne äussere Einflüsse hervorgerufen, begründet liegen, ausgeschieden werden müssen. Hierhin würde z.B. eine nicht schon von vorne-

herein durch äussere Gewalt aufgezwungene, also anfänglich freiwillig herbeigeführte Abwesenheit gehören, nicht dagegen Tod oder Krankheit, da diese regelmässig durch vom Willen des Menschen nicht beabsichtigte äussere Einflüsse verursacht werden und deshalb, da sie auch im Allgemeinen unwiderstehlich sind, ebenfalls in den römischen Quellen zur vis maior zählen.

Dies führt von selbst dazu, dass in den genannten Fällen der Begriff der höheren Gewalt sich insofern naturgemäss modifiziert,[1]) als hier unter ihr jedes zufällige Ereignis, das nicht lediglich in der Person des Berechtigten, d.h. seinem eigenen Verhalten begründet ist und, einmal eingetreten, jedes Widerstandes des Betroffenen spottet, d.i. ihm die Einhaltung der Frist absolut unmöglich macht, verstanden werden muss, so dsss im Wesentlichen nur das zweite Begriffsmerkmal übrig bleibt. Natürlich muss auch hier der Betroffene noch dartun, dass ihn bezüglich der Nichtvermeidung der Folgen kein Verschulden trifft. So hat der, der von einer Krankheit befallen war, die ihm selbst die Einhaltung der Frist absolut unmöglich machte, noch zu beweisen, dass ihm auch sonst, etwa durch Vermittelung Dritter, keine Mittel und Wege zugebote standen, die Versäumung zu verhindern; denn sonst war er nicht durch die höhere Gewalt abgehalten.

Wird das beinahe fertige oder bereits fertig gestellte Inventar, das auch sorgfältig aufbewahrt gewesen sein mag, gestohlen und so der Erbe an der Einhaltung der Inventarfrist gehindert, so liegt keine höhere Gewalt vor;

[1]) Vgl. ähnlich Volkmar S. 86—89 und Knauer § 45 S. 155—161 Auch hinsichtlich des § 49 G. O. kommt, was auf den ersten Blick zweifelhaft sein könnte, eine Betriebsgefahr nicht in Betracht; denn es ist dort vorausgesetzt, dass der Betrieb noch nicht aufgenommen ist, sodass auch eine etwa nicht funktionirende Maschinerie dem Unternehmer nicht ohne weiteres zur Last gelegt werden kann.

anders wenn es durch eine Feuersbrunst zerstört wird. Abgesehen aber von solchen Aussergewöhnlichkeiten, in denen der Charakter der höheren Gewalt noch zum Ausdruck kommt, wird dieselbe sich praktisch in diesen Fällen allerdings meist als ein in seinem Ursprung unverschuldetes und hinsichtlich seines Eintritts und seiner Folgen unvermeidliches Ereignis, d.h. als einen „unabwendbaren Zufall" im Sinne der Prozessordnungen (§§ 233, 337 C.P.O., 165 K. O., 44 Str. P.O., s. dazu die Ausführungen im § XII Anm. 13) darstellen, so dass es wohl selten der Fall sein dürfte, dass jemand ohne sein Verschulden einen der gedachten Rechtsnachteile erleidet. Zwar behaupten die Praxis und auch die grösste Mehrzahl der Schriftsteller,[2]) dass dieser unabwendbare Zufall mit höherer Gewalt gleichbedeutend sei, und verstehen darunter ebenfalls nur „äussere" unverschuldete und unabwendbare Ereignisse. Dies widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut der Gesetze: von einem bloss unabwendbaren und nicht „äusseren" unabwendbaren Zufall reden im Gegensatz zum Allg. Landrecht und Pr. Eisenbahngesetz die Prozessordnungen, und auch sonst liegt nicht der geringste Grund vor, anzunehmen, dass

[2]) So die Entsch. des R. G. v. 5. 11. 80 in Bd. 2 S. 426—427: »Der unabwendbare Zufall der Prozessordnungen ist gleichbedeutend mit der höheren Gewalt des Art. 395 A. D. H. G. B. und soll nicht bloss einen Mangel an Verschulden bezeichnen« (s. jedoch Entsch. v. 28. 11. 89 in Anm. 4); ebenso Fischer S. 91—92, Struckmann-Koch. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich 7. Aufl. 1900 § 233 S. 251—252, Volkmar S. 86—90 und Knauer § 1 S. 4; Planck I § 203 S. 255 sagt, dass den prozessualischen Vorschriften eine »ähnliche« Bedeutung innewohne, stellt sie aber tatsächlich der höheren Gewalt völlig gleich; ebenso Rümelin Zufall S. 24 Anm. 40, S. 17—18 Anm. 24. Auch Gareis Allg. Teil § 203 S. 243 lässt, seiner völlig subjektiven Ansicht von der höheren Gewalt (s. § XII. a. E.) getreu, die Prozessordnungen dasselbe bestimmen; vgl. auch Dernburg B. R. I. § 179 S: 526.

doch nur äussere Zufälle gemeint sein sollten.[3])

In der Praxis hat sich denn auch gezeigt, dass der unabwendbare Zufall der Prozessordnungen trotz der gegenteiligen Behauptung des Reichsgerichts nichts weiter als rein unverschuldete Ereignisse bedeuten kann.[4]) Es wäre deshalb wohl zu bedenken gewesen, ob man nicht für die §§ 49 G.O., 203 und 1996 B.G.B., da sie den Vorschriften der Prozessordnungen entsprechende Bestimmungen enthalten und infolge des Wegfalles des Ein-

[3]) Wenn der § 233 C. P. O. zusätzlich im Abs. 2 bestimmt, dass einer Partei, die die Einspruchsfrist versäumt habe, die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen sei, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hätte, so soll dies bloss ein Beispiel eines unabwendbaren Zufalls sein und dem Richter durch diese besondere Erwähnung jeder Zweifel darüber benommen werden. Uebrigens geht das auch klar aus der analogen Bestimmung des § 44 Satz 2 Str. P. O. hervor, der den Fall, dass jemand von einer Zustellung ohne sein Verschulden keine Kenntnis bekommen hat, ausgesprochen als unabwendbaren Zufall ansieht. Dagegen war die entsprechende Bestimmung des Satzes 2 Abs. 1 § 1996 B. G. B. unbedingt nötig, wenn der Fall, dass der Erbe von der Zustellung des Beschlusses, durch den die Inventarfrist bestimmt worden ist, ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hatte, der Verhinderung durch höhere Gewalt ohne weiteres, wie das Gesetz selbst sagt, „gleichgestellt" werden sollte; denn hier wird tatsächlich sonst eine höhere Gewalt, d. h. ein äusserer Zufall, cui resisti non potest, verlangt, wie dies übrigens § 203 deutlich besagt, wenn er gerade als Beispiel einer solchen den Stillstand der Rechtspflege anführt. — Anderer Ansicht Frommhold. Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900 § 1996 S. 63, der für die §§ 1996, 203 unter der durch höhere Gewalt hervorgerufenen Versäumnis jede „unverschuldete Fristversäumung" versteht; ebenso Gelpcke S. 348, 350. 383—384, Schey S. 61 und Biermann in d. V. d. D. J. T. IV S. 113, während diese sonst die höhere Gewalt immerhin noch als einen besonderen Begriff ansehen.

Mit der hier vertretenen Ansicht über das Verhältnis der höheren Gewalt zum unabwendbaren Zufall stimmt überein Gerth § 11 S. 188—189.

[4]) Vgl. die vielen von Knauer § 27 S. 72—74 aufgeführten Entscheidungen. Sehr klar zeigt dies die bei Gerth § 11 Anm. 1 S. 189, zitirte Reichsgerichtsentscheidung v. 28. 11. 89, die entgegen der vom 5. 11. 80 (s. Anm. 2) ausdrücklich besagt, dass »die Versäumung der Berufungsfrist dann auf einem unabwendbaren Zufall beruhe, wenn dieselbe auch bei Anwendung vernünftiger Sorgfalt nicht hätte vermieden werden können,« sich also mit den im § XII a. E. niedergelegten Ansichten völlig deckt.

flusses der Betriebsgefahren doch nur in Ausnahmefällen praktisch eine Haftung über Verschulden hinaus in sich schliessen können, der Einheitlichkeit halber besser, wie dies besonders Schey (S. 61) vorgeschlagen hatte, die Fassung der Prozessordnungen oder richtiger noch die des Reichsgesetzes vom 17. 5. 1898 (s. Anm. 4) hätte wählen sollen, zumal auch ein eigentliches Bedürfnis für eine erweiterte Haftung hier kaum vorlag.

Etwas anders scheint die Sache im Fall des § 12 Reichsgesetzes vom 22. 6. 1899 (§ 16 Ges. v. 25. 10. 67) zu stehen. Derselbe bestimmt nämlich in Abs. 1:

> Erlangt ein im Ausland befindliches Schiff dadurch, dass es in das Eigentum eines Reichsangehörigen gelangt, das Recht zur Führung der Reichsflagge (s. § 2 desselb. Ges.), so kann das Schiffszertifikat (s. §§ 10, 4, 11) durch eine Bescheinigung ersetzt werden, die der Konsul, in dessen Bezirk das Schiff sich zur Zeit des Eigentumsüberganges befindet, über das Recht zur Führung der Reichsflagge erteilt (Flaggenzeugnis). Das Flaggenzeugnis hat nur für die Dauer eines Jahres seit dem Tage der Ausstellung, darüber hinaus nur für die Dauer einer durch höhere Ge-

In richtiger Würdigung dessen hat dann auch das Reichsgesetz betr. d. freiw. G. v. 17. 5. 98 den „unabwendbaren Zufall« in den §§ 22, 92, 137 beim richtigen Namen genannt nnd dementsprechend bestimmt, dass die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stets dann zu erteilen sei, wenn der Antragsteller ohne sein Verschulden an der Einhaltung der Frist bezw. dem Erscheinen im Termin verhindert war.

Da dem Gesagten zufolge tatsächlich doch ein Unterschied zwischen der höheren Gewalt der §§ 203, 1996 B. G. B. und dem unabwendbaren Zufall besteht, der Begriff der vis maior in allen Fällen derselbe ist und sich nur in seiner praktischen Anwendung durch die Natur der zu Grunde liegenden Verhältnisse von selbst modifizirt, so kann man auch nicht die Ueberführung des Begriffes aus der sedes materiae des § 701 in die §§ 203, 1996 ohne weiteres einen „legislatorischen Missgriff« nennen, wie dies Rümelin Zufall S. 40, Gelpcke S. 384—385, Schey S. 43, 46, 53, 56, Biermann in d. V. d. D. J. T. IV S. 112. Fischer S. 90, auch A Engelmann § 76 Anm. 1 S. 203 und Oertmann § 701 S. 438 tun.

walt verlängerten Reise Gültigkeit.

Dieser Fall hat mit den vorigen das gemein, dass auch hier ein Recht über eine bestimmte Frist hinaus gewahrt bleiben soll. Insofern aber ist er von ihnen verschieden, als hier sehr wohl Betriebsgefahren in Betracht kommen können, demnach der Begriff der höheren Gewalt sich nicht von selbst modifiziert und er deshalb auch, falls man nicht an seiner Einheitlichkeit rütteln wollte, in dem Umfang zu gelten hätte, wie er für das receptum sich darstellt. Nun hatte aber Art. 607 des schon 1861 fertig gestellten und in den darauf folgenden Jahren in den Einzelstaaten durch Landesgesetze eingeführten Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs bereits bezüglich des Seehandels Verlust und Beschädigung, die aus einem mangelhaften Zustand des Schiffes entstehen, der aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdekken war, dem Verlust oder der Beschädigung durch höhere Gewalt gleichgestellt, so dass also auch innere Betriebsfährlichkeiten nach Seerecht meist als vires maires zählen (s. § X vor Anm. 8). Da nun naturgemäss der Begriff des Seerechts auch für den Fall des § 16 Ges. v. 25. 10. 67 und damit den des § 12 Ges. v. 22. 6. 99 Anwendung zu finden hat, so wird auch hier der Begriff der höheren Gewalt im Wesentlichen dem der §§ 203, 1996 B.G.B. konform.

Wir haben nun gesehen, dass der Begriff der vis maior nicht bloss auf Grund des in den Quellen niedergelegten Materials sehr wohl bestimmt werden kann, sondern zugleich auch, dass seine Existenz hinsichtlich gewisser Rechtverhältnisse den tatsächlichen Bedürfnissen des Verkehrs durchaus entspricht und daher „tam facti quam iuris quaestione" (vgl. l 32 pr. i. f. D de usur. 22, 1) wohl begründet ist.

Deshalb kann auch den Vorschlägen Goldschmidt's (An-

hang S. 502), die auf Grund der praktischen Resultate seiner Theorie allerdings erklärlich erscheinen, und Schneider's (S. 381-387), den Begriff durch die Verpflichtung zur Haftung für entsprechende Sorgfalt unter Aufbürdung des Beweises des Nichtverschuldens auf den sonst Haftpflichtigen — was übrigens, abgesehen vom § 282 B.G.B., bei allen Kontraktsverhältnissen schon nach 19 § 4 D loc. cond. 19,2 und 15 C de pign. act. 4,24 Vorschrift war — zu ersetzen, in keiner Weise zugestimmt werden. Schon allein die in ihm enthaltene Verantwortlichkeit für die dem in Betracht kommenden Betrieb eigentümlichen Gefahren lassen ihn, wenn auch die einzelnen Schriftsteller den Begriff der Betriebsgefahren noch verschieden weit fassen, abgesehen von dem erzieherischen Moment,[5]) das in ihm liegt, als unentbehrlich erscheinen. Eher wohl könnte man mit dem auf Grund der Gutachten Gelpcke's (S. 384-385), und Schey's (S. 60, 62) und der Berichte der Referenten Pfersche (Verhandlungen Bd. IV S. 110-111) und Biermann (IV S. 116-117) einstimmig gefassten Beschluss (IV S. 121) des 22. Deutschen Juristentages, der dahin lautet:

> Die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht ist nicht zu empfehlen; es muss vielmehr gefordert werden, dass das Gesetz überall, wo der Begriff bisher in Frage gekommen ist, die jeweilig zu Grunde liegenden Rechtsgedanken in positiver Weise zum Ausdruck bringe, jedoch nur in seinem praktischen Vorschlage, einverstanden sein, wenn derselbe, wie unsere Untersuchung gezeigt haben dürfte, nicht überflüssig erschiene, abgesehen davon, dass eine sachgemässe kasuistische Festsetzung der „jeweilig zu Grunde liegenden Rechtsgedanken" seine Schwierigkeiten ha-

[5]) Vgl. Exner S. 85-86, Unger Jahrb. Bd. 30 S. 415, Rümelin Schadenszurechnung S, 56, Gelpcke S. 370—373, Cosack H. R. § 90 S. 450.

ben, zum Mindesten aber weitläufige Bestimmungen erheischen würde.

In richtiger Würdigung der ganzen Sachlage hat denn auch entgegen den Vorschlägen Goldschmidt's und Schneider's der 11. Kongress Deutscher Volkswirte (s. bei R. Merkel S. 152-153) den, vielleicht allerdings etwas zu weit gehenden (s. unten), konträren Beschluss gefasst, dass die Mängel des Civilrechts zu beseitigen seien mittels Durchführung des allgemeinen Grundsatzes, dass jeder Unternehmer infolge eines jeden durch ihn selbst oder durch seine Leute innerhalb des Geschäftskreises, in welchem sie von ihm verwendet werden, oder infolge der (wenn auch unverschuldeten) Mangelhaftigkeit der Betriebseinrichtungen veranlassten Unfalls hafte, und er sich nur durch den Nachweis der eigenen Schuld des Beschädigten oder eines nicht aus der Natur des Unternehmens hervorgehenden Schadens durch höhere Gewalt befreien könne; denn er zieht den Nutzen des Unternehmens, und er allein hat die Möglichkeit, seinen Betrieb zu kontrolliren und sich die richtigen Leute auszusuchen.

Es ist deshalb, wie z.B. Cosack (H.R. § 89 S. 441) berechtigterweise hervorhebt, höchst bedauerlich, dass die moderne Gesetzgebung trotz der immer komplizirter werdenden Verkehrsverhältnisse teilweise, so im Binnenschiffahrtsgesetz und auch im Handelsrecht, von dem Prinzip dieser strengeren Haftung wieder abgegangen ist, statt sie, wie dies insbesondere R. Merkel nachhaltig vorgeschlagen hatte, folgerichtig auf alle Gewerbebetriebe auszudehnen, bei denen ähnliche Verhältnisse wie bei den römischen Rezipienten zu Grunde liegen.

Ohne Härte hätte man dies unzweifelhaft noch bei allen jenen gewerblichen Unternehmungen tun können, die, an sich nicht eigentlich produktiv, lediglich einen gleich-

förmig-mechanischen Betrieb erfordern, deren Hauptaufgabe und Tätigkeit ihrer Natur nach in der Sorge für die Sicherheit, die Erhaltung der Unversehrtheit der ihnen — noch dazu unter gleichzeitig mehr oder weniger notwendig werdendem Ausschluss der Möglichkeit einer Kontrolle seitens des Auftraggebers — in ihren Geschäftskreis überlassenen Güter besteht, die also ein ganz besonders grosses Mass von Vertrauen für sich bedingen. Hierhin würde neben dem Fracht- und Wirtegewerbe insbesondere noch das des Lagerhalters und des Bankiers, der Depots zur Bewahrung annimmt, — der horrearii des modernen Rechts — gehören. Anders liegt dagegen schon die Sache z.B. hinsichtlich der Fabriken und Werkstattsbetriebe, die sich mit Reparaturarbeiten befassen. Zwar verliert der Auftraggeber auch hier die Aufsicht über sein Gut; aber die Hauptaufgabe derartiger Gewerbe liegt nicht in der Bewahrung der ihnen übergebenen Gegenstände, sondern in der Vornahme der an diesen zu vollführenden Arbeiten, die auch bei dem gewandtesten und tüchtigsten Unternehmer infolge der dabei nötigen direkten und oft komplizirten Einwirkung auf die Sachen leicht, auch ohne jedes Verschulden, eine Beschädigung zur Folge haben können. Während dort der Unternehmer doch überwiegend in eigenem Interesse tätig ist und infolgedessen auch allein den direkten materiellen Nutzen aus seinem Betrieb zieht, ist dies hier nicht der Fall. Hier eine derartig hohe Verantwortlichkeit festzusetzen, dürfte deshalb immerhin einige Bedenken haben.

Und trotzdem wäre auch für die Fabriken im Zeitalter der Dampfmaschinen und der Elektrizität, wenigstens im Interesse der Sicherheit unbeteiligter Dritter und auch deren Güter, die Festsetzung der Haftung bis zur höheren Gewalt, also insbesondere für die Betriebsfährlich-

keiten, nach Analogie der §§ 1 R.H.Pfl.G. und 25 Pr. Ges. 3. 11. 38 durch entsprechende Erweiterung der Bestimmung des § 2 und auch des § 1 erstgenannten Gesetzes durchaus wünschenswert. — Man denke nur an die Explosion der Griesheimer Chemischen Fabrik vor einigen Jahren. — Unzweifelhaft aber würde dies für den Motorwagenbetrieb allein schon mit Rücksicht auf die durch ihn jetzt in so grossem Masse hervorgerufene Gefährdung der Verkehrssicherheit auf den öffentlichen Strassen in jeder Beziehung angebracht sein.[6])

„Summa cum utilitate id Praetorem edicturum esse nemo est qui neget; publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari et res custodiae exercentium negotium committere," könnte man in dieser Beziehung unter Anwendung der Gesichtspunkte der l 1 § 1 D de his qui effud. 9,3 und l 1 § 1 l 3 §2 D n. c. st. ut rec. rest. 4,9 mit Recht sagen: Auf jeden Fall kann der von der Denkschrift z.H.G.B. (Hahn S. 404) vertretene Gedanke, dass nur insoweit es sich, wie bei der Eisenbahn, um Unternehmungen handele, die ein tatsächliches Beförderungsmonopol besässen und zugleich so leistungfähig seien, dass ihnen die Tragung von Betriebsgefahren ohne Unbilligkeit auferlegt werden könne, eine so weitgehende Haftung gerechtfertigt erscheine, nicht massgebend sein; denn auch jeder an-

6) Vielleicht lassen sich, wenn nicht das Reich, so doch einzelne Bundesstaaten zur Schaffung derartiger Gesetze auf Grund der Artt. 105, 3 E, G. z. B. G. B. herbei, denen dann andere wohl folgen würden. Aber auch hinsichtlich der Privatfahrer wäre dies zu wünschen, in welchem Fall die Sache jedoch reichsgesetzlich geregelt werden müsste. Die Eisenbahn, die auf abgesperrten Strecken fährt haftet doch in dieser Weise, warum nicht der Motorfahrer, und wie oft ist es in letzter Zeit schon vorgekommen, dass durch ein mit rasender Geschwindigkeit, die der eines Zuges nichts nachgab, dahin eilendes Automobil, auch infolge Versagens der Brems- und Steuerungsvorrichtungen, Menschen schwer verletzt worden oder gar zu Tode gekommen sind.

dere Gewerbetreibende muss so leistungsfähig sein, dass er die mit seinem Betrieb für Dritte verbundenen Gefahren, die ja auch je nach dem Umfang und der Art des Unternehmens verschieden gross sein werden, tragen kann, andernfalls soll er eben — ein ungesunder Faktor im Wirtschaftsleben — Dritten diese Gefahren nicht bringen: „Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constituendum; nam est in ipsorum arbitrio, ne exerceant negotium suum" (vgl. l 1 § 1 l 3 § 2 eod.). Es ist hierbei doch stets zu beachten, dass gerade die Einführung der Einrede der höheren Gewalt nur aus Billigkeitsrücksichten erfolgte: „non esse iniquum exceptionem (vis maioris) eis dari" (l 3 § 1 eod.), dass also prinzipiell die Rezipienten etc., wie tatsächlich ursprünglich nach römischem Recht (l 1 pr. eod.), unbedingt haften müssten.

Wenn nun aber trotzdem „mit Rücksicht auf Fuhrleute, Packträger und dergleichen Gewerbetreibende" die Haftung des Frachtführers hat abgeschwächt werden sollen, so hätte man den gleichen Grundsatz im Hinblick auf die Dorfkrüge und Herbergen, die meist wohl auch kaum sehr leistungsfähig sein werden, doch ebenfalls bezüglich des Gastwirtsgewerbes durchführen müssen. Aber der Gastwirtsvertrag ist, da er im Bürgerlichen Gesetzbuch seine Regelung gefunden hat, nun einmal, wie Cosack (H.R. § 103 S. 521) „wehmütig" ausruft, nicht von dem milden Geiste des Handelsgesetzgebers berührt worden!

Verzeichnis der Rechtsquellen.

Gaii Jnstitutionum iuris civilis commentarii.
Julii Paulli Sententiarum ad filium libri.
Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio.
Corpus iuris civilis.
Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 31. Mai 1861 (5. 6. 69).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 2. Lesung 1895.
Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896.
Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898.
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (20. 5. 98).
Börsengesetz vom 22. Juni 1896.
Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 (20. 5. 98).
Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flösserei vom 15. Juni 1895.
Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 (15.11.92).

Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890.

Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871.

Weltpostvertrag vom 4. Juli 1891 in der Wahsingtoner Revision vom 15. Juni 1897 .

Uebereinkommen betreffend den Austausch von Briefen und Kästchen mit Wertangabe vom 4. Juli 1891 (15.6.97).

Uebereinkommen betreffend den Postanweisungsdienst vom 4. Juli 1891 (15.6.97).

Uebereinkommen betreffend den Austausch von Postpacketen vom 4. Juli 1891 (15. 6. 97).

Uebereinkommen betreffend den Postauftragsdienst vom 4. Juli 1891 (15. 6. 97).

Telegraphenordnung für das Deutsche Reich vom 15. Juni 1891.

Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die beim Betrieb von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vom 7. Juni 1871(20.5.98).

Gesetz betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899 (25. 10. 67).

Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869.

Civilprozessordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877 (20. 5. 98).

Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877 (20. 5. 98).

Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877 (20. 5. 98).

Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (20. 5. 98).

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (20. 5. 98).

Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871.

Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5. Februar 1794.

Code civil des Français (Code Napoléon) vom 20. März 1804.

Code de commerce von 1807.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

Preussisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 20. September 1899.

Bayerisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 9. Juni 1899.

Preussisches Wildschadengesetz vom 11. Juli 1891.

Preussisches Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838.

Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850.

Preussisches Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874.

Preussisches Gesetz betreffend die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatz des bei öffentlichen Aufläufen, Zu-

sammenrottungen oder Zusammenläufen verursachten Schadens vom 11. März 1850.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg von 1839.

Revidirter Preussischer Entwurf zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (1856).